Das

Wesen der Aufrechnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Hans Nolte
Gerichtsreferendar in Cöln a. Rh.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1907.

Wie ein Saatkorn unter Sonnenscheine
Munter wächst und kann zur Frucht gedeihen,
Wuchs dies Werkchen unter Deiner Liebe,
Darum, Bräutchen, will ich Dir es weihen.

Inhaltsverzeichnis.

Fünfter Abschnitt.

Die Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Die prozessuale Aufrechnung gegenüber dem vertragsmäßigen Exmissionsrechte des Vermieters. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 22 S. 93 ff.

Asher, Die Kompensation im Zivilprozeß des klassischen römischen Rechts. 1863.

Badische Rechtspraxis.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund und in Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages S. 300 ff. 1855.

Baron, Lehrbuch der Pandekten.

v. Bethmann-Hollweg, Der römische Zivilprozeß. 1865.

Binder, Rückwirkung der Aufrechnung, BGB. § 389. In Beiträge zur Auslegung des BGB., herausgegeben von Bernhöft und Binder, Heft 1 S. 23 ff. 1901.

v. Blume, Zur Lehre von der Schuldübernahme. In Iherings Jahrbüchern f. Dogmatik Bd. 39 S. 390 ff. und daselbst Bd. 40 S. 109 ff.

Birkenbihl, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform. Im Recht 7. Jahrg. S. 286 f. 1903.

Bornemann, Preußisches Privatrecht.

Breit, Mehrheit kompensabler Forderungen. Im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 10 S. 121. 1900.

Brettner, Der Prozeßvertreter und die Aufrechnung. In der Deutschen Juristenzeitung S. 343. 1898.

Brinz, Die Lehre von der Kompensation. 1849.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten.

Brinz, Noch einmal ipso jure compensari. Im Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 1.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozesse. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 197 ff. (zit.: bei Busch.)

Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung. Im Recht 7. Jahrg. S. 249 ff. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Deichmann, Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 257 ff. u. 562 ff. (zit.: bei Gruchot.)

Dernburg, Die Kompensation nach römischem Rechte, mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher. 1. Aufl. 1854.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. 1868.

Dernburg, Lehrbuch der Pandekten.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 und 3.

Doesseler, Die Anrechnung einer Leistung auf einen von mehreren Schuldposten. Rost. Dissert.

Donellus, Comment. de Jure Civili.

Dronke, Aufrechnung als Prozeßhandlung. In der deutschen Juristenzeitung S. 220. 1902.

Eccius, Die eventuelle Aufrechnung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 15 ff. (zit.: bei Gruchot.)

Eccius, Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Daselbst S. 233 ff.

Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Rechte. 1846.

Eisele, Zur Lehre von der Kompensation. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 55.

Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und 2.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1.

Feder, Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 54 S. 434 ff.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. In Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. S. 126.

Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Fitting, Liegt in der Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und Empfangnahme einer Aufrechnungserklärung. In der Festgabe der Halleschen juristischen Fakultät für Dernburg. 1900.

Förtsch, Die sogen. eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 225 ff. (zit.: bei Gruchot) und im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 7 S. 401—405.

Foerster, Preußisches Privatrecht.

Francke, Aufrechnung gegen Lohnforderung des Gesindes. Zu § 394 BGB. In Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 48 S. 1 ff.

Francke, Noch einmal die Aufrechnung gegen Lohnforderungen des Gesindes. Daselbst Bd. 50 S. 244 ff. und im Recht S. 318. 1902.

Frankenberg, Die Anrechnung anderweiten Verdienstes nach § 615 Abs. 2 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg. S. 195 f. 1903.

Fritz, Erläuterungen zu von Wening-Ingenheim. Bd. 2.

Fröhlich, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. In der Juristischen Wochenschrift 32. Jahrg. S. 118. 1903.

Fuhr, Zur Lehre von der Kompensation. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1.

Fuhr, Rezension über Krugs Kompensation. In den Jahrbüchern der gesamten deutschen juristischen Literatur, herausgegeben von Schunck Bd. 27.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation. 1897.

Geib, Die Kompensation mit rechtshängigen Forderungen. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 85 S. 161 ff.

Geib, Rezension über Sibers Kompensation und Aufrechnung. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 110 ff. (zit.: bei Busch) und in der Kritischen Vierteljahrsschrift 3. F. Bd. 10 S. 1 ff.

Gewerbegericht, das, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte, herausgegeben von Dr. J. Jastrow und Dr. K. Flesch.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts. Bd. 2.

Goldschmidt, James, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im preußischen allgem. Landrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch und die compensatio compensationis. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 15 S. 153 ff.

Goldschmidt, Ludwig, über den § 283 des Entw. 1. In den Verhandlungen zum 21. Deutschen Juristentage Bd. 1 S. 121 ff.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. 1903.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 1839.

Götte, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 17 S. 164 ff.

Gruchot, Glossen zum allgemeinen Landrecht. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 19. (zit.: bei Gruchot.)

Hartlaub, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation. 1902.

Hartter, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation. 1837.

Hartter, Zur Berichtigung der Theorie der compensatio und deductio. In Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde Bd. 19.

Hausloh, Die Aufrechnung mit Forderungen Dritter.

Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2.

Hellbach, Die sogen. kumulative Schuldübernahme. Im Recht 7. Jahrg. S. 335. 1903.

Hellmann, Rezension über Liebknechts Vorbehaltszahlung und Sibers Kompensation. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 42 S. 48 ff.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht.

v. Hertzberg, Die Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ein merum jus compensationis. 1898.

Holzschuher, Theorie und Praxis des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2 und 3.

Horn, Die Schuldübernahme. 1902.

Huber, über den § 283 des Entw. 1. In den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 10 ff.

Hölder, über Ansprüche und Einreden. Im Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 93 S. 1 ff.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem BGB. 1899.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung.

Josef, Bedarf die sogen. „kumulative" Schuldübernahme der Schriftform. In der Deutschen Juristenzeitung S. 422 f. 1903.

Kiehl, Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Mieters §§ 389, 357, 554 BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 45. Jahrg. S. 753 ff. 1901.

Kipp zu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Kohler, Kompensation und Prozeß. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 1 ff. (zit.: bei Busch.)

Kohler, Aufrechnung nach dem BGB. Daselbst Bd. 24 S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Kretschmar, Secum pensare. 1886.

Kretschmar, Die Erfüllung. Leipzig 1906.

Krug, Lehre von der Kompensation. 1833.

Köchling, Beitrag zur Lehre von der Kompensation nach gemeinem und preußischem Recht. Im Archiv für preußisches Recht und Verfahren Bd. 10.

Landau, Liegt im § 389 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Abweichung vom gemeinen Rechte. Rostocker Dissert. 1904.

Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. 1906.

Langheineken, Rückwirkung der Aufrechnung und Mathematik im Rechte. Im Recht 6. Jahrg. S. 459 f. 1902.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht. 1906.
Lenel, Über Ursprung und der Wirkung der Exzeptionen. 1876.
Leonhard, Aufrechnung. 1896.
Leonhard, Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 21 S. 171 ff.
Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen. 1898.
Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht. 1899.
Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 32 S. 157 ff.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 43 S. 435 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs.
Löwenbach, Lohnaufrechnung oder Lohnzurückbehaltung. Im Recht V S. 586.
Luppe, Das Aufrechnungsverbot in der Praxis. In Gewerbegericht 8. Jahrg. Sp. 113—116. 1903.
Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, bearbeitet von Geib. 1898.
Mansfeld, Zur Lehre von der Eventualaufrechnung. In der Deutschen Juristenzeitung 3. Jahrg. S. 255 ff. 1898.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.
Martinius, Eventualaufrechnung. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 24 S. 277 ff.
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.
Mensch, Die Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung nach dem bürgerlichen Recht. Rostocker Dissert. 1904.
Metzges, Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen gewerblicher Arbeiter. In der Deutschen Juristenzeitung S. 47. 1902.
Meyer, Bedeutung und Charakter der Kompensationserklärung. Dissert. 1895.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.
Müller, Lehrbuch der Institutionen.
Neumann, Handausgabe zum BGB. 3. Aufl.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Jahrg. 1—3.
Neumann, Noch ein Wort zur Aufrechnung gegen Lohnforderung des Gesindes. In Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 49 S. 164—166 und daselbst Bd. 50 S. 244 ff. 1902.
Noetzel, Die außergerichtliche compensatio necessaria nach gemeinem Recht. 1898.
Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 20.
Oertel, Die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber Lohnansprüchen aus einem Arbeits- und Dienstverhältnis. Im Archiv f. sächs. bürgerl. Recht S. 607 ff. 1898.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Oertmann, Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung. Im Recht S. 447. 1901.
Pappenheim, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. In der Deutschen Juristenzeitung S. 86. 1902.
Petersen, Die prozessuale Behandlung der Kompensationseinrede und der mit ihr verbundenen Widerklage. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 19 S. 104 ff. u. 247 ff. (zit.: bei Busch.)
Petersen, Die Aufrechnung im Prozeß. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 64. Jahrg. S. 253 ff.
Petzold, Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnung? In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 845 ff. Jahrg. 1900. (zit.: bei Gruchot.)

Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung. 1868.
Pfizer, Aufrechnung im Prozeß und Prozeßkosten. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 43 ff. (zit.: bei Busch.)
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.
Puchta, Pandekten.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. 1862.
Puchta, Kursus der Institutionen.
Raddatz, Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnungserklärung und deren Entgegennahme. Im sächs. Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 10 S. 217 ff. 1900.
Rehbein, Kommentar zum BGB. I und II.
Redlich, Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 25 S. 357 ff. (zit.: bei Busch.)
Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 BGB. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 39 S. 463 ff.
Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung, ebenda Bd. 46. 1903.
Roßhirt, Gemeines und deutsches Zivilrecht. Bd. 2.
Römer, Abhandlungen aus dem römischen Recht. Heft 1. 1877.
Römer, Die Leistung an Erfüllungsstatt.
Schade, Über den Aufrechnungsvertrag. Dissert. 1904.
Schalhorn, Anwendbarkeit des § 616 BGB. auf das gewerbliche Arbeitsverhältnis. In Soziale Praxis 10. Jahrg. Sp. 184 f. 1900.
Scherer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2.
Scherer, Das Gesinderecht und das BGB. in Verbindung mit dem EG. Art. 95.
v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1852.
Schlichting, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Schmelzle, Das Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen und Zurückbehaltungsrecht. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 66. Jahrg. S. 289 ff. und 305 ff. 1901.
Soergel, Rechtsprechung. Jahrg. 1900—1905.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 1 und 2.
Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 (zit.: bei Gruchot).
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung usw. Daselbst Bd. 46. S. 1 ff. und 253 ff.
Schwanert, Die Kompensation nach römischem Recht. 1870.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung.
Schulze, Kompensation. In Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1.
v. Seeler, Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach BGB. § 396. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 15 S. 104 ff.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung. Im Recht 7. Jahrg. S. 249 ff. 1903.
Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag.
Sigel, Die Ansprüche der Parteien bei Lösung des Arbeitsvertrages ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Im Gewerbegericht 6. Jahrg. 1900. Außerordentliche Beilage zu Nr. 1 S. 1 ff. und Beilage 1. 1901.
Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogen. kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung S. 365 ff. 1903.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht.
Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrage auf reichsrechtlicher Grundlage. 1902.

Sinzheimer, Das Kammergericht und die Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Lohnforderungen. Im Recht 7. Jahrg. S. 426 f. 1903.
Stadthagen, Das Arbeiterrecht. 1896.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.
Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium. 1886.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Aufl.
Sontag, Die Aufrechnung auf eine Forderung, die aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 21 S. 10 ff.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 2. Teil: Zur Lehre von der Eventualaufrechnung. 1898.
Stölzel, Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 50 ff.
Stölzel, Noch zwei Worte über die Eventualaufrechnung. Daselbst S. 415 ff.
Stölzel, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 95 S. 1 ff. und Bd. 96 S. 234 ff.
Tellkampf, über das Erfordernis der Liquidität bei der Kompensation. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 23.
Thibaut, System des Pandektenrechts.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.
Tränkner, Die Schuldübernahme nach dem deutschen BGB. Im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 7 S. 593.
Ubbelohde, über den Satz ipso jure compensatur. 1858.
Unger, über Obligationenrecht. In Zeitschrift für privates und öffentliches Recht Bd. 15 S. 543 ff.
Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 1840.
v. Vangerow, Pandekten.
Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerblichen Arbeitsvertrag und der Gesindedienstvertrag. In Fischers Zeitschrift für Praxis der Verwaltung Bd. 23 S. 1 ff.
Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 27 S. 1 ff. (zit.: bei Busch.)
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Jahrg. 1—4.
Wallroth, Das Verbot der Aufrechnung gegen Lohnforderungen. 1903.
Wallroth, Die Versuche einer Durchbrechung des Lohnaufrechnungsverbotes. Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 24 S. 250 ff.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.
Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen nach heutigem deutschen Recht. 1900.
Weismann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 ff. (zit.: bei Busch.)
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

A. Einleitung.

Daß Papinianus die Kompensation (Aufrechnung) als ein merum jus,[1]) als ein reines, abgeklärtes Recht bezeichnete, hat es nicht verhindert, daß die Frage nach dem Wesensbegriffe dieses Instituts eine wahre Hochflut von Zweifeln und Streitfragen hervorgerufen hat, und Windscheid sogar von einem „Rätsel der Kompensationslehre“[2]) und Stölzel von einem „bellum omnium contra omnes“ sprechen konnte.[3]) Die Schuld an jener Rechtsunsicherheit tragen die verhältnismäßig dürftigen und sich widersprechenden Quellenzeugnisse. Auch der Satz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, hat viel zu dem Streit beigetragen, ein Satz, der mit dem Wesen des Instituts in keinerlei Zusammenhange steht, Das größte Unheil aber hat das unscheinbare ipso jure compensari angerichtet, das in der Wissenschaft eine weit über seine Bedeutung hinausgehende Würdigung gefunden hat.

Mit dem Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Rechtslage eine andere geworden. Klare, durchsichtige Grundsätze sind an die Stelle der Zweifel getreten. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit zahlreichen Streitfragen aufgeräumt und die nahezu an Willkür grenzende Rechtsprechung in feste, sichere Bahnen gelenkt.

In der folgenden Abhandlung soll der Versuch unternommen werden, das eigentümliche Wesen der Aufrechnung zu untersuchen. Es soll nicht so sehr in die Reihe der Streitenden eingetreten, als vielmehr von einem festen Punkte aus ihre Reihen gemustert werden.

Zunächst soll das äußere, formelle Wesen des Instituts, d. h. Voraussetzungen, Vollzug und Wirkungen desselben gezeichnet werden. Es soll hier das Hauptaugenmerk auf das geltende Recht gelenkt und nur soweit Abweichungen von dem bisherigen Rechte vorhanden sind, auch dieses entsprechend berücksichtigt werden. Die Lehre von dem Aufrechnungsvollzug erheischt wegen ihrer Wichtigkeit eine eingehende Erörterung des strittigen ipso jure Axioms, dessen bisherige Lösungen zu keinem befriedigenden Resultate geführt haben, sowie der für das bisherige Recht aufgestellten Theorieen, deren Kenntnis zum Verständnis des heutigen Aufrechnungsinstitutes erforderlich erscheint.

In dem zweiten Hauptteile wird das innere juristische Wesen des Instituts behandelt werden müssen, d. h. diejenige Frage, welche Vorgänge sich in dem Inneren der zur Kompensation gestellten Rechte abspielen, wenn die Aufrechnung vollzogen wird. Hier muß eine eingehende Betrachtung der römischen Kompensation gewidmet werden, da diese und die Aufrechnung des heutigen Rechts ihrem inneren Wesen nach zwei grundverschiedene Institute sind.

Den Gegenstand der Abhandlung bildet aber nur die einseitige, sogen. Zwangsaufrechnung. Die vertragsmäßige Aufrechnung muß daher ausgeschieden werden, da diese in Wirklichkeit keine Aufrechnung, sondern ein Rechtsverhältnis ist, bei dem Erlaß gegen Erlaß ausgetauscht wird.

---

[1]) l. 36 D. de adm. 26, 7.
[2]) Windscheid, Lehrb. des PandR. Bd. 2 § 348 S. 320 Anm. 3.
[3]) Stölzel, Schulung für die ziv. Prax. Bd. 2 S. 7.

B. Das Wesen der Aufrechnung.

Erster Hauptteil.

Die Aufrechnung in ihrer äußeren Wesensgestaltung.

Erster Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Aufrechnung.

§ 1.

Übersicht der Voraussetzungen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch faßt die Voraussetzungen der Aufrechnung zusammen im § 387, der bestimmt:

„Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des andern Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann."

Hiernach ist die Aufrechnungsmöglichkeit an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Es müssen zwei Forderungen vorliegen, eine Aktivforderung, deren Erfüllung der Gläubiger verlangen kann, und eine Passivforderung, zu deren Erfüllung der Schuldner berechtigt ist.[1])
2. Die Forderungen müssen gegenseitig und
3. gleichartig sein.
4. Da das Gesetz trotz Vorliegens der genannten Voraussetzungen in gewissen Fällen die Aufrechnung für unzulässig erklärt, so kommt als weitere Voraussetzung hinzu: Die Abwesenheit von Aufrechnungsverboten.

§ 2.

Die Beschaffenheit der Aktiv- und Passivforderung.

I. Die Aktivforderung.

Eine Aufrechnung kann nur da stattfinden, wo Forderungen, d. h. persönliche Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner vorliegen. Es macht hierbei keinen Unterschied, auf

[1]) Nach dem Sprachgebrauche des BGB. ist Aktivforderung diejenige, mit welcher aufgerechnet wird, während unter Passivforderung diejenige zu verstehen ist, gegen welche aufgerechnet werden soll; vgl. Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. I § 111.

welchem Rechtsgrunde sie beruhen. Demnach sind auch jene obligatorischen Ansprüche zur Aufrechnung geeignet, die aus sachen-, familien- oder erbrechtlichen Verhältnissen herrühren. Hiernach kann z. B. der Eigentümer mit dem Ersatzanspruche aufrechnen, der ihm gegen den bösgläubigen Besitzer erwächst, weil durch sein Verschulden die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde ihre Herausgabe nicht erfolgen kann (§ 989). Dasselbe gilt von dem Anspruche eines Verlobten gegen den andern Teil auf Ersatz aller in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen und der sein Vermögen wie Erwerbsstellung betreffenden Maßnahmen, falls dieser grundlos vom Verlöbnis zurücktritt (§ 1289). Auch der gemäß § 1300 auf Ersatz des ideellen Schadens abzielende Anspruch der unbescholtenen Braut kann zur Aufrechnung gestellt werden.

Wer aufrechnen will, muß Träger einer Forderung sein, die eine geschuldete Leistung im Sinne des § 387 zum Inhalt hat. Als geschuldet gilt nur die Leistung, deren Bewirkung gegen den Willen des Verpflichteten erzwungen werden kann, die, um einen Ausdruck Kohlers zu gebrauchen,[1] „reaktionsfähig" ist. Daraus folgt, daß die Aufrechnung überall da ausgeschlossen ist, wo das Gesetz gewissen Vorgängen zwar eine rechtliche, wenn auch nur abgeschwächte rechtliche Wirkung, nicht aber die Qualität der Erzwingbarkeit beimißt. Nach dem Sprachgebrauche des römischen Rechts fallen hierunter die sogen. Naturalobligationen, welche abweichend vom Bürgerlichen Gesetzbuche in gewissen Fällen kompensiert werden konnten,[2] ein Begriff, der unserm heutigen Rechte fremd ist.[3] Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches fallen hierunter die sogen. erfüllbaren, aber klaglosen Forderungen, soweit man hier von solchen überhaupt sprechen kann,[4] d. h. jene Forderungen, die der Schuldner zwar erfüllen, deren Realisierung der Gläubiger aber nicht im Klagewege erzwingen kann. Es ist daher aktiv zur Aufrechnung ungeeignet der Anspruch auf Ehemäklerlohn (§ 656), aus einem mündlichen Schenkungsversprechen (§ 518), aus Spiel und Wette sowie aus einem Differenzgeschäft (§§ 762, 764), welch letzterer Anspruch jedoch unter Umständen kompensationsfähig werden kann. Sind nämlich beide Parteien in das Börsenregister eingetragen, so ist die Durchführung des Börsentermingeschäftes im Klagewege möglich, und es steht diesesfalls auch der Aufrechnung mit einer aus einem solchen Geschäfte herrührenden Forderung nichts im Wege.[5] Weiterhin sind alle jene Forderungen aktiv nicht aufrechenbar, deren Erfüllung „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entspricht (§ 814 ff.). Auch die durch Zwangsvergleich ihrer Klagbarkeit entkleidete Forderung kann, obwohl sie erfüllt werden kann, nicht die Unterlage für eine wirksame Aufrechnung geben (§ 193 KO.).[6] Die Tatsache, daß in all diesen Fällen die Rückforderung des Geleisteten nicht mit der Begründung geschehen kann, es habe eine erzwingbare Obligation nicht bestanden, ist allein nicht geeignet, die Aufrechnungsfähigkeit der Forderung zu begründen.

Als ein Ausfluß der Reaktionsfähigkeit muß es angesehen werden, daß die Forderung vollgültig ist. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist nicht imstande, den gewollten rechtlichen Erfolg herbeizuführen. Ein simuliertes (§ 117), oder nicht ernstgemeintes (§ 118), oder ein der vorgeschriebenen Form ermangelndes (§ 125), sowie ein wucherisches oder unsittliches Rechtsgeschäft (§ 138) vermag keine kompensable Forderung hervorzubringen. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft erzeugt den Anspruch sofort und läßt ihn so lange bestehen, bis das Geschäft erfolgreich angefochten wird. In diesem Falle wird es so behandelt, als hätte es den

---

[1] Kohler, Die Aufrechnung nach dem BGB., in Zeitschr. für Zivilprozeß bei Busch Bd. 24 S. 9.

[2] l. 6 D. 16, 2 Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. Inwieweit dieser Satz in seiner Allgemeinheit zutrifft, vgl. Dernburg, Kompensation S. 473.

[3] vgl. hierüber Endemann, Lehrb. I S. 417 ff.

[4] Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 175 ff.; Hellwig, Anspr. und Klagerecht S. 53.

[5] vgl. das Reichsbörsengesetz v. 22. 6. 1896 § 66 Abs. 3.

[6] Kohler a. a. O. S. 9.

Anspruch niemals hervorgebracht. Da bis zur Ausübung des Anfechtungsrechtes und ohne seine Ausübung ein vollgültiger Anspruch vorhanden ist, steht auch der Aufrechnung mit einem bloß anfechtbaren Anspruch nichts im Wege.[1]) Erfolgt aber nach vollzogener Aufrechnung die Anfechtung, was wegen der dinglich rückwirkenden Kraft der Anfechtung möglich ist (§ 142),[2]) und wird die Anfechtungserklärung unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes abgegeben (§ 121), so gilt die angefochtene Forderung, und folgerichtig auch die Aufrechnung von Anfang an als nichtig, und die Passivforderung lebt in ihrer ursprünglichen Gestalt wieder auf. Unterläßt aber der anfechtungsberechtigte Aufrechnungsgegner nach erlangter Kenntnis des Anfechtungsgrundes die unverzügliche Anfechtung, so ist in seinem Verhalten ein stillschweigender Verzicht auf jenes Recht zu erblicken mit der Wirkung, daß die aufgerechnete Forderung zu einer definitiv gültigen wird und die Aufrechnung endgültig wirksam bleibt. Derselbe Grundsatz gilt, wenn der Anfechtungsberechtigte verspätet die Anfechtung erkärt oder das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt (§ 144).

Eine aufrechenbare Forderung besteht auch dann nicht mehr, wenn sie nach ihrem Existentwerden aus irgend einem Grunde wieder erloschen ist, sei es, daß sie durch Erfüllung, oder ein Surrogat der Erfüllung oder in anderer Weise gegenstandslos geworden ist. In einigen Fällen zwingt das Gesetz den Forderungsberechtigten zwecks Erhaltung der rechtsgeschäftlich begründeten Wirkungen zur Vornahme gewisser Rechtshandlungen und läßt zur Strafe eine Verwirkung des erworbenen Rechts eintreten, falls er jene Handlungen nicht vornimmt. Gemeint sind hier die Bestimmungen der §§ 43 und 99 WO. Unterläßt der Wechselgläubiger eines Domizilwechsels mit benanntem oder unbenanntem Domiziliaten bei dem letzteren resp. dem Bezogenen die Protesterhebung, so geht sein wechselmäßiger Anspruch gegen sämtliche Wechselverpflichteten, sogar gegen den Aussteller verloren, welcher Grundsatz auch auf den eigenen domizilierten Wechsel Anwendung findet.[3]) Ist die Aufrechnung erklärt, ohne daß dem Aufrechnenden eine Forderung in dem erörterten Sinne zustand, so ist die Aufrechnung schlechthin unwirksam, da ein gesetzliches Erfordernis des § 387 fehlte. Die Gegenforderung ist nicht erloschen und kann jederzeit geltend gemacht werden.

Wenn nach diesen Ausführungen als aufrechenbar nur eine „geschuldete" Leistung, d. h. eine im Prozeßwege erzwingbare Forderung gilt, so liegt die Frage nahe, ob auch solche Forderungen von der Aufrechenbarkeit ausgeschlossen sind, für die nur zur Zeit der Rechtsweg unzulässig ist. Die Antwort muß, vorausgesetzt, daß es sich um einen Anspruch privatrechtlicher Natur handelt, im verneinenden Sinne ausfallen. Geib[4]) hebt beispielsweise den Fall hervor, daß der Schuldner compensando einen Anspruch geltend macht, dessen Existenz davon abhängt, welche Arbeiten zur Erhaltung eines Deichs erforderlich sind. Während Stölzel[5]) und Gaupp-Stein[6]) in diesem Falle mit Rücksicht auf § 322 ZPO., wo-

---

[1]) So auch Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse § 390 Anm. 2; Weigelin, Das Recht der Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld S. 53; a. A. Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 433; ebenso Oertmann im Recht 1901 S. 488, der das Anfechtungsrecht als eine Unterart des Einrederechtes ansieht, das den Schuldner wie dieses zur Leistungsverweigerung berechtigt; gegen ihn Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 44 ff., der nachweist, daß beide Rechte selbständigen Normen unterliegen.

[2]) Crome Bd. 2 S. 296 Nr. 32; Schollmeyer a. a. O.; a. A. Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerl. R. S. 5.

[3]) Wenngleich der Begriff des eigenen domizilierten Wechsels streitig ist — Thöl und Grünhut verstehen darunter einen Wechsel, bei dem ein von dem Ausstellungsorte verschiedener Zahlungsort im Wechsel angegeben ist, während z. B. Staub Art. 97 § 4 die Verschiedenheit des Zahlungsortes vom wechselmäßigen Wohnorte des Ausstellers als Merkmal bezeichnet — so ist dieser Streit praktisch bedeutungslos, da beide Ansichten im Hinblick auf § 97 WO. zu demselben Resultate führen.

[4]) Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation S. 109.

[5]) Stölzel a. a. O. S. 165.

[6]) Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 145 IV e Nr. 31.

nach die Entscheidung über das Nichtbestehen einer aufgerechneten Gegenforderung rechtskräftig wird, die Gegenforderung an die zuständige Verwaltungsbehörde verweisen[1]) und keine Kompensation zulassen,[2]) wird von **Geib** und **Kohler**[3]) eine solche Forderung für kompensabel erachtet, und zwar mit Recht. Etwaige die Verwirklichung eines Rechts hindernde Mängel des Prozeßrechts können ein solches Recht nicht in seinem materiellen Bestande aufheben. Andererseits muß stets beachtet werden, daß die Aufrechnung keine Erhebung des Gegenanspruches, sondern nur das Nichtbestehen des klägerischen Anspruchs bedeutet.[4]) Daß eine Forderung, für die ein ausschließlicher oder besonderer Gerichtsstand begründet ist, an **jedem** Gerichte compensando vorgebracht werden kann, wird, soweit ich sehe, kaum in Abrede gestellt.[5])

Bleibt eine Forderung vollgültig und somit geschuldet, wenn ihr eine Einrede entgegensteht?

Das römische Recht vertrat den Grundsatz, daß der Schuldner in dem Momente aufhöre zu schulden, wo er eine Einrede gegen die Forderung erworben hatte: desinit debitor esse qui nanctus exceptionem.[6]) Dieser Satz aber gilt für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr, wie gezeigt werden wird.

Der Begriff Einrede in dem hier in Frage stehenden materiellen Sinne muß gegenüber dem Begriff der Einwendung und dem der Einrede im prozessualen Sinne abgegrenzt werden. Unter Einwendungen sind rechtsvernichtende und rechtshemmende Tatsachen zu verstehen, welche den Anspruch entweder in seinem Entstehen gehindert oder nach seiner Entstehung wieder zerstört haben. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich ohne weiteres, daß mit Einwendungen behaftete Forderungen nicht zur Kompensation gestellt werden können. Im prozessualen Sinne charakterisieren sich als Einwendungen alle gegen den klägerischen Anspruch von dem Beklagten vorgebrachten Behauptungen, einerlei ob sie materiell begründet sind oder nicht. Dagegen ist im Prozeßrecht der Begriff der Einrede ein weit engerer. Als solche gelten nur die spezifisch prozessualen, die sogen. prozeßhindernden Einreden des § 274 ZPO. und die sogen. Beweiseinreden, welche sich gegen die Zulässigkeit, Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit der gegnerischen Beweismittel richten (§§ 283, 350, 354 Abs. 2 ZPO.) und alle behaupteten Gründe, die außerhalb des Klaggrundes liegen und den Anspruch als unbegründet oder in modifiziertem Lichte erscheinen lassen und demgemäß zu einer Klageabweisung oder modifizierten Verurteilung führen. Ob diese Gründe in Wirklichkeit zu Recht bestehen, ist auch hier ohne Bedeutung.

Was unter Einrede im materiellen Sinne zu verstehen ist, darüber gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Auskunft. Aber aus verschiedenen Bestimmungen kann der Begriff hergeleitet werden (vgl. §§ 222, 1973, 1990). Einrede ist, so definiert **Langheineken**,[7]) „die Macht, durch einseitige Willenserklärung die Wirksamkeit der Geltendmachung eines Anspruchs, sei es ganz oder teilweise, nach einer oder mehreren Richtungen hin auszuschließen", die Berechtigung, die Leistung dauernd (peremtorische Einrede) oder vorübergehend (dilatorische Einrede) zu verweigern. Sie ist danach ein eigenes, selbständiges Gegen-

---

[1]) Deichbehörde, RG. Bd. 2 S. 227.

[2]) vgl. auch **Dernburg**, Kompensation 2. Aufl. S. 592.

[3]) **Kohler**, Zeitschr. für Zivilprozeß Bd. 20 S. 45 ff.

[4]) **Weigelin** a. a. O. S. 116 f.; **Kohler** a. a. O.

[5]) RG. Bd. 35 S. 390; **Geib** S. 189; **Kohler** a. a. O. S. 43—45; vgl. auch **Dernburg** a. a. O. S. 531 u. 532; vgl. hierzu den bei der franz. compensation légale geltenden Grundsatz: juge de l'action, juge de l'exeption; bei **Kohler**, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 20 S. 47.

[6]) l. 66 D. de R. J. 50, 17,

[7]) **Langheineken** a. a. O. S. 43 ff., 272 ff.

recht,[1]) ein subjektives Recht,[2]) in dem Sinne, daß ohne seine Ausübung die Leistung als geschuldet gilt.[3])

Die Tatsache seiner Existenz schließt höchstens eine Gefährdung der Forderung in sich, so daß diese beim Fortfall der Einrede in ihrer ursprünglichen Integrität wieder auflebt, während die durch Einwendung entkräftete Forderung vernichtet bleibt für immer. Es bleibt also trotz der Einrede wahr, daß die Parteien „einander Leistungen schulden", daß jede gegen die andere eine rechtsgültige Forderung hat. Eine mit einer Einrede behaftete Forderung bleibt demnach noch immer eine im § 387 hervorgehobene und zur Aufrechnung geeignete Forderung.

Aber im § 390 hat das Bürgerliche Gesetzbuch, von der Erwägung ausgehend, daß eine solche Forderung wirtschaftlich keinen Vermögenswert repräsentiere, mit dem der Gläubiger befriedigt werden könne,[4]) die Aufrechnungsfähigkeit solcher Forderungen ausgeschlossen, indem es bestimmt:

„Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden."

Diese Vorschrift spricht aber nur solchen Forderungen die Aufrechnungsfähigkeit ab, denen wirklich begründete Einreden entgegenstehen, nicht schlechthin jeder Forderung, denen der Schuldner eine beliebige, gleichviel ob begründete oder unbegründete Einrede entgegensetzt.[5]) Es macht indes keinen Unterschied, ob die Einrede eine zerstörlich oder nur verzögerlich wirkende ist. Letztere macht die Forderung zu einer „zeitweise von der Reaktionskraft ausgeschlossenen", zu einer betagten im Sinne des § 163, deren Bewirkung nur während der Betagung nicht erzwungen werden kann. Klagt hiernach der Bürge gegen den Gläubiger eine Forderung ein, so kann letzterer nicht mit seiner Hauptforderung gegen ihn kompensieren, denn diese ist mit der Einrede der Vorausklage behaftet (§ 770). Ein Nachlaßgläubiger kann eine zum Nachlaß gehörige Forderung nicht der Forderung des Erben gegenüber zur Aufrechnung stellen, da dem Erben der Forderung des Gläubigers gegenüber die sogen. Dreimonatseinrede zusteht (§ 2014 ff.).[6]) Nach Ablauf der drei Monate ist aber die Forderung von ihrer Schwäche befreit und darum auch von dieser Zeit an zur Aufrechnung geeignet. Als kompensationsunfähig muß auch jene Forderung gelten, zu deren Barzahlung der Schuldner sich ausdrücklich verpflichtet hat; denn dadurch hat er auf das Aufrechnungsrecht verzichtet. Die Barzahlung enthält eine Verschärfung des Ausdrucks, eine Geldschuld gemäß § 362 BGB. abzuführen, um das Schuldverhältnis durch das *gewöhnliche* Mittel der Erfüllung zum Erlöschen zu bringen.[7])

Ist die Forderung mit der Stundungseinrede behaftet, so ist zu unterscheiden:

Hat der Gläubiger dem Schuldner nur aus Humanität und mit Rücksicht auf seine bedrängte Lage eine „Schonungsfrist" in dem Sinne gewährt, daß er auf die Wirkungen der Fälligkeit (z. B. Verzugszinsen) verzichten und ihm die Möglichkeit geben wolle, sich Barmittel herbeizuschaffen, so ist im Zweifel diese Vereinbarung dahin auszulegen, daß der Gläubiger in dieser Zeit nicht zur Klage befugt, wohl aber berechtigt ist, mit dieser Forderung aufzurechnen.[8])

---

[1]) *Lippmann*, Jahrb. für Dogmatik Bd. 43 S. 469 leugnet die Selbständigkeit dieses Rechtes; dagegen auch *Hellwig*, Anspruch S. 19.

[2]) So richtig *Matthiaß* Bd. 1 § 308 im Gegensatz zu Langheineken und Hellwig, die das Gegenrecht der Einrede nicht zu den subjektiven Rechten zählen.

[3]) *Hölder*, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 129 ff.

[4]) Mot. II S. 106; *Lippmann*, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 32 S. 221.

[5]) Colmar 8. 2. 1905, Recht 9 S. 470.

[6]) *Kohler* Bd. 24 S. 9.

[7]) Breslau 16. 5. 1904, Recht 8 S. 334.

[8]) vgl. *Schollmeyer* § 387; *Siber* S. 96; *Kipp* zu Windscheid Bd. 2 S. 450; *Dernburg* S. 470; vgl. auch l. 10 § 1 D. 16, 2.

Die Vereinbarung eines „entgeltlichen“ Stundungsvertrages schließt indes jede Geltendmachung der gestundeten Forderung, also auch die durch Kompensation aus.[1])

Wenn der § 390 die Aufrechnung mit einredebehafteten Forderungen ausschließt oder verbietet, so sind von diesem Verbot keineswegs auch rechtshängige Forderungen betroffen, wie für das neuere Recht Fischer-Henle annimmt.[2]) Die Einrede der Rechtshängigkeit gewährt dem Gegner nicht wie das materielle Einrederecht die Befugnis, die Leistung zu verweigern. Dieses Recht erwächst ihm erst dann, wenn die rechtshängige Forderung durch Richterspruch abgewiesen ist, woraus sich ergibt, daß die Aufrechnung mit einer rechtshängigen Forderung praktisch erst dann von Bedeutung wird, wenn der von dem Aufrechnenden hinsichtlich der Gegenforderung anhängig gemachte Prozeß rechtzeitig zu seinen Gunsten entschieden wird.[3]) Die mit der Einrede der Rechtshängigkeit behaftete Forderung repräsentiert also wirtschaftlich einen Vermögenswert, mit dem der Gläubiger befriedigt werden kann. Es fällt demnach hier der Grund fort, der den Gesetzgeber bewog, die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung für unzulässig zu erklären. Die Einrede der Rechtshängigkeit gewährt dem Schuldner lediglich ein prozessuales Schutzmittel dagegen, daß der Gläubiger seinen Anspruch gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten oder bei demselben Gerichte mehrfach verfolgen kann. Nach der gegenteiligen Meinung würde auch in der Klageerhebung ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht zu erblicken sein, ein Resultat, das dem Willen der Parteien keineswegs gerecht wird.[4])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber von dem in Rede stehenden Grundsatze eine wichtige Ausnahme statuiert, indem es die Aufrechnung einer verjährten Forderung für zulässig erachtet. In dieser Hinsicht bestimmt der § 390 Satz 2:

> „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.“

Für die Anhänger der absoluten sowie der herrschenden Rückwirkungstheorie[5]) bietet diese Vorschrift nichts Neues, da nach diesen Theorien das forderungstilgende Moment das erste kompensable Gegenübertreten der Forderung bildet. Auch die sogen. Affektionstheorien handeln ganz konsequent, indem sie die Aufrechnung verjährter Forderungen zulassen; denn werden die Forderungen sofort im Zeitpunkte ihrer Koexistenz mit einer Schwäche behaftet, so verlieren sie diesen Makel auch nicht, wenn nachträglich eine Verjährung eintritt.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch, das im Gegensatze zu dem ersten Entwurfe die Aufrechnung mit verjährten Forderungen für zulässig erachtet, sind verschiedene Meinungen laut geworden. Während Bähr,[6]) Fischer,[7]) Unger,[8]) Hartmann[9]) den Standpunkt des

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 478.

[2]) Auch früher war es bestritten. Vgl. Geib, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 161 ff.; Fischer-Henle, BGB. § 390 Anm. 1.

[3]) Geib a. a. O. S. 120.

[4]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 387 Anm. 2; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 288; Geib a. a. O. S. 117 ff.; Weigelin S. 116; vgl. Gaius l. 8 D. h. t. „In Compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est“; und dazu den praktischen Fall in l. 18 pr. D. eod.: „In rem suam datus est (scil. Papinianus cognitor) post litis contestationem si vice mutuar conveniatur, aequitate Compensationis utetur. Vgl. auch OLG. Braunschweig 22. 5. 1903 in Zeitschrift f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig Jahrg. 50 S. 276.

[5]) vgl. unten S. 63 ff.

[6]) Bähr, Verh. d. 20. Deutschen Juristentages S. 300 ff.; ders., Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 110.

[7]) Recht und Rechtsschutz, in Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. S. 126.

[8]) Unger, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 29 S. 27.

[9]) Hartmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 343 Anm. 19.

Gesetzes zu rechtfertigen suchen, wendet sich Leonhard[1]) gegen diese Auffassung, indem er ausführt, der Zweck des Verjährungsinstituts, alte Schulden durch einen gewissen Zeitablauf aus der Welt zu schaffen, werde durch § 390 vollkommen vereitelt und der Schuldner aller Segnungen des Instituts beraubt. Er findet hierin auch eine wichtige Stütze in den Motiven,[2]) welche nicht ganz zu Unrecht meinen, daß es von einem sorgsamen Geschäftsmanne nicht zuviel verlangt sei, wenn man ihm die Abgabe einer einseitigen Erklärung zur Pflicht mache, müsse er doch sonst sogar klagen, wenn er seinen Anspruch vor Verjährung schützen wolle.

Der Standpunkt des Gesetzes, den einige Schriftsteller aus der gesetzlich sanktionierten Rückwirkungskraft erklären,[3]) ist aber durchaus berechtigt und entspricht vor allem dem Erfordernis der Billigkeit.[4]) Der Gläubiger hat möglicherweise gerade mit Rücksicht darauf, daß er die Deckung seiner Forderung in Gestalt seiner Schuld bereits in Händen hat, jene verjähren lassen, ohne sie einzuklagen. Beim Fehlen dieser Bestimmung könnte und würde der Gläubiger geradezu chikanöserweise die Einklagung seiner Forderung so lange hinausschieben, bis die Gegenforderung seines Schuldners durch Verjährung erloschen wäre. Durch diese Vorschrift wird aber verhindert, daß der Gläubiger aus solcher falschen Spekulation einen Vorteil zieht.

Selbst wenn eine Forderung im Prozesse auf Grund der Verjährungseinrede bereits abgewiesen ist, kann sie gleichwohl noch zur Aufrechnung gestellt werden, wenn sie vor ihrer Verjährung der Gegenforderung schon kompensabel gegenübergestanden hat. War demnach der Gläubiger jener abgewiesenen Forderung vor Eintritt ihrer Verjährung mindestens zur Zahlung der Gegenforderung berechtigt, so kann sie noch zur Aufrechnung verwendet werden.[5])

Die Aufrechnungsmöglichkeit mit verjährten Forderungen gilt jedoch nicht unbeschränkt, vielmehr hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese Ausnahme nochmals durchbrochen. Gemäß § 479 BGB. kann der Käufer einer Kaufsache mit dem Schadensersatzanspruche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften gegen den Verkäufer nach vollendeter Verjährung nur dann aufrechnen, wenn er vor Eintritt der Verjährung „eine das Rügerecht perpetuierende Mängelanzeige“ an den Verkäufer erstattet, oder die Anzeige an ihn abgesandt, oder eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen dieses Mangels anhängigen Rechtsstreite ihm den Streit verkündet hat. Dasselbe gilt beim Werkvertrag nach § 639 für die Ersatzansprüche des Bestellers eines bedungenen Werkes wegen zugesicherter Eigenschaften und solcher Mängel, die der Unternehmer zu vertreten hat. Im Handelsgesetzbuche findet der in Rede stehende Grundsatz Anwendung bei der Mängelrüge der Spedition (§ 414). Auch können gewisse Ansprüche gegen den Lagerhalter und Frachtführer nach Ablauf der Verjährung in der Regel nur aufgerechnet werden, wenn der Gläubiger vorher dem Gegner Anzeige von dem Grunde seiner Beanstandung gemacht oder gewisse andere gleichstehende Handlungen vorgenommen hat (§§ 423, 439 HGB.). Es finden diese Vorschriften ihre Rechtfertigung in den kurzen Verjährungsfristen, deren Zweck vereitelt würde, falls auch hier die zeitlich unbegrenzte Aufrechnungsmöglichkeit gegeben sein würde, wie es in den §§ 479 u. 639 trotzdem zutrifft, wenn der Verkäufer bezw. der Unter-

---

[1]) Leonhard, Aufrechnung S. 207 ff.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 108.

[3]) So Oertmann § 390; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 523; Welgelin S. 55 erblickt darin eine Verstärkung des Inhaltes des Rechtes der Aufrechnung.

[4]) Für das frühere Recht vgl. l. 14 D. 16, 2; RG. Bd. 1 Nr. 53 S. 127. Die Minderheit der 2. Kommission wollte die Aufrechnung auch mit verjährten Forderungen nicht zulassen. Die Mehrheit schloß sich jedoch dem in der Praxis vertretenen Standpunkte an (Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 203, Bd. 40 Nr. 283). Ebenso ALR. I, 16 § 301. Dagegen ist der Standpunkt Gierkes, Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht S 175 ff. unhaltbar; dieser ging so weit, die Aufrechnung mit verjährten Forderungen ganz allgemein, ohne die im § 390 enthaltene Einschränkung zuzulassen; danach würde sogar die Aufrechnung mit einer Forderung möglich sein, die bereits vor dem Entstehen der Gegenforderung verjährt war.

[5]) Eccius, Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 18 u. 238.

nehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat oder wenn es sich im Fall des § 490 Abs. 2 um einen sogen. Hauptmangel des verkauften Tieres handelt.

Es muß aber ausdrücklich betont werden, daß der § 479 lediglich den Schadensersatzanspruch betrifft. Folgerichtig müßte bei gezahltem Kaufpreise der auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Wandlungsanspruch, da der § 479 diesen nicht behandelt, gemäß § 390 Abs. 2 zur Aufrechnung geeignet bleiben, auch wenn eine rechtzeitige Mängelanzeige unterblieben wäre. Dieses Resultat steht aber in einem unlöslichen, sachlichen Widerspruche zu § 479, weshalb diese Folgerung nicht gezogen werden darf.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von dem Satze, daß einredebehaftete Forderungen nicht zur Aufrechnung geeignet sind, noch weitere Ausnahmen zugelassen, die Weigelin aus der pfandrechtlichen Natur der Aufrechnung als eines die Sicherung der Forderung bezweckenden Rechtes herleitet.[2])

Der Erbe kann den im Ausgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 entgegenhalten. Die Forderungen dieser Gläubiger sind daher aktiv wegen § 390 zur Aufrechnung untauglich. Jedoch steht dem Erben die fragliche Einrede nicht zu gegenüber Pfandgläubigern und den im Konkurse diesen gleichgestellten Gläubigern, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt. Der § 1973 findet also auf diese Ansprüche keine Anwendung. Derselbe Grundsatz gilt auch, wenn nach Teilung des Gesamtgutes der ursprünglich nicht verhaftete Ehegatte gemäß § 1480 als Gesamtschuldner zur Zahlung der bei Teilung des Gesamtguts nicht entrichteten Verbindlichkeiten verurteilt ist. In diesem Falle beschränkt sich seine Haftung aber auf die ihm zugeteilten Gegenstände. Obschon diese Forderung mit der Einrede der beschränkten Haftung belastet ist, kann sie gleichwohl zur Aufrechnung verwendet werden.

Die Aufrechnung mit einer suspensiv bedingten Forderung ist ausgeschlossen. Vor Eintritt der Bedingung hat der Berechtigte nur eine gesetzlich geschützte Anwartschaft auf ein möglicherweise künftig entstehendes Recht. In der Schwebezeit besteht eine Leistungspflicht noch nicht, da eine erfüllbare, im Wege des Zwanges realisierbare Forderung überhaupt noch nicht vorhanden ist. Erst mit Eintritt der Bedingung tritt ein erzwingbarer und somit aufrechenbarer Anspruch ins Leben (§ 158 Abs. 1). Die Aufrechnungserklärung mit einer suspensiv bedingten Forderung würde demnach schlechthin nichtig sein, da wie im Falle der sogen. klaglosen Obligation ein gesetzliches Erfordernis fehlt.[3])

Das Gegenteil muß im Hinblick auf § 158 Abs. 2 bezüglich der Resolutivbedingung gesagt werden. Hier ist sofort bei Abschluß des bedingten Rechtsgeschäftes eine Forderung vorhanden, welche der Gläubiger erzwingen und der Schuldner erfüllen kann; denn da das Gesetz lediglich die Beendigung der Wirkung an den Eintritt der Bedingung knüpft, so ist damit indirekt ausdrücklich ausgesprochen, daß bis dahin eine Forderung wirklich bestanden hat und diese nur in ihrer Lebensäußerung durch den Eintritt der Bedingung paralysiert war. Eine resolutiv bedingte Forderung ist demnach zur Kompensation geeignet, und die vollzogene Aufrechnung führt nach § 389 das Erlöschen beider Forderungen herbei. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit resolutiv bedingten Forderungen würde das Institut der Aufrechnung sogar völlig verkümmern; denn schließlich ist, wie Siber mit Recht hervorhebt, jede Forderung dadurch resolutiv bedingt, daß der Schuldner stirbt und die beschränkte Haftung des Erben eintritt.[4])[5]) Es besteht denn auch in dieser Hinsicht in der Wissenschaft kein Streit. Jedoch

---

[1]) vgl. Flechtheim, DJZ. Jahrg. 7 S. 320.

[2]) Weigelin a. a. O. S. 55 ff.

[3]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 325; Planck, Komm. Bd. 2 § 158 Anm. 2 und § 388 Anm. 3.

[4]) Siber a. a. O. S. 116.

[5]) Schollmeyer § 383 Anm. 2b; Kohler bei Busch Bd. 24 S. 9; Planck a. a. O.

gehen die Ansichten darüber auseinander, welchen Einfluß der spätere Eintritt der Bedingung auf die Aufrechnung ausübt.

Planck, Kohler und Schollmeyer[1]) lehren, der Untergang der Gegenforderung bleibe bestehen, da in dem Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung die Vorbedingungen der Aufrechnung erfüllt waren. Da jedoch nachträglich die resolutiv bedingte Forderung mit Eintritt der Bedingung untergegangen sei, durch den Eintritt der Bedingung aber eine Rückwirkung in dem Sinne, daß die Forderung als niemals entstanden angesehen werde, nicht eintrete, so erwachse dem Aufrechnungsgegner nur ein obligatorischer Bereicherungsanspruch gemäß § 813 BGB.[2])

Anderer Ansicht ist Siber, dem auch v. Mayr folgt.[3]) Unter Hinweis auf § 158 Abs. 2 BGB. erklärt Siber mit dem Eintritt der Resolutivbedingung den Aufrechnungserfolg rückwärts, d. h. dinglich unwirksam, so daß die Gegenforderung überhaupt als nie erloschen angesehen werde. Siber erhebt damit den Ausnahmefall des § 1977, der nach seiner Auffassung nur „eine unverbindliche Rechtsanschauung des Gesetzgebers" enthält, zur Regel, während er in Wirklichkeit sich als Ausnahme charakterisiert.

Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Nach der hier vertretenen Auffassung lebt die durch die resolutiv bedingte Forderung getilgte Gegenforderung im Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung wieder auf, während sie in der Zwischenzeit tatsächlich untergegangen war. Es folgt dieses aus der bereits angedeuteten Auslegung des § 158 Abs. 2. Es ist über die resolutiv bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung eine Verfügung in Gestalt der Aufrechnung vorgenommen, welche den Untergang der Gegenforderung herbeiführte. Gerät nachträglich der resolutiv bedingte Gegenstand dieses Rechtsgeschäftes, der jenen Untergang bewirkte, selbst in Fortfall, so muß sich diese Wirkung auch auf den durch das Rechtsgeschäft herbeigeführten Erfolg übertragen, m. a. W. die Gegenforderung muß wieder ins Leben zurücktreten und der zwischenzeitlich bestandene Erfolg in diesem Momente wieder aufhören. Jedoch kann von einer Rückwirkung nicht die Rede sein. Wie der unter einer Resolutivbedingung gewordene Eigentümer bis zum Eintritte der Bedingung wirklich Eigentümer gewesen ist, was am besten die Tatsache beweist, daß er die in der Schwebezeit gezogenen Früchte zu eigen behalten kann (§ 933),[4]) so sicher waren auch in der Schwebezeit, und zwar gemäß § 389 schon von Koexistenz, die Forderungen dem Untergange geweiht. Daher kann auch der Aufrechnungsgegner für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung keine Zinsen verlangen, falls seine Forderung eine verzinsliche war.

Diese Ausführungen müssen wir in folgenden Fällen modifizieren:

1. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten an sich unbeschränkt, jedoch unter der Resolutivbedingung, daß Nachlaßkonkurs eröffnet oder Nachlaßverwaltung angeordnet wird. In diesem Falle beschränkt sich seine Haftung auf den Nachlaß (§ 1975). Ebenso haften die „zum Nachlasse gehörenden Forderungen" den persönlichen Gläubigern des Erben unter der gesetzlichen Resolutivbedingung, daß nicht die beschränkte Haftung des Erben eintritt, in welchem Falle dieser persönlich haftet. Hat nun ein Nachlaßgläubiger mit seiner Forderung gegen eine nicht zum Nachlasse des Erben gehörende Forderung aufgerechnet, oder hat ein persönlicher Gläubiger des Erben gegen eine Nachlaßforderung die Aufrechnung erklärt, und wird nachträglich Nachlaßkonkurs eröffnet oder Nachlaßverwaltung angeordnet, so ist die Resolutivbedingung eingetreten, und es müßte nach der obigen Auslegung des § 158 der Aufrechnungserfolg in dem Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung fortfallen. Das Bürgerliche Gesetzbuch statuiert jedoch für diesen Fall in § 1977 eine Ausnahme, indem es bestimmt, daß die Aufrechnung „als nicht erfolgt gilt", m. a. W.

[1]) Planck a. a. O.; Kohler a. a. O.; Schollmeyer a. a. O.
[2]) So auch Weigelin a. a. O. S. 54.
[3]) Siber a. a. O. S. 117; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 468 Anm. 6.
[4]) Planck Bd. 1 S 205.

es legt dem Eintritte der Bedingung ausnahmsweise dinglich rückwirkende Kraft bei. Sollte der Eintritt der Bedingung hier nur die gewöhnliche Wirkung des § 158 Abs. 2 haben, so würde nicht ersichtlich sein, warum der Gesetzgeber ein allgemein aufgestelltes Prinzip hier ausdrücklich hervorgehoben hätte. Die Bestimmung müßte als überflüssig erscheinen, weil sie nichts Abweichendes enthielte. Jedoch ist zu beachten, daß in beiden Fällen die Aufrechnung gegen den Willen des Erben erklärt sein muß; der innere Grund der Bestimmung ist einleuchtend, es soll der Gläubiger nicht durch fremdes, sondern nur durch Vermögen seines Schuldners, des Erben, seine Befriedigung erhalten.[1])

2. Die Forderung auf eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe ist resolutiv bedingt, sobald sie den angemessenen Betrag übersteigt, durch ein sie herabsetzendes Urteil. Nach den obigen Grundsätzen müßte nun auch nach der Aufrechnung die Herabsetzung noch möglich sein, um dieser hinterher die Rechtswirkung zu nehmen; nach § 343 BGB. ist aber die Herabsetzung nach der Entrichtung der Strafe ausgeschlossen und damit auch der Aufrechnungserfolg nicht mehr zu beseitigen. Das Gesetz versteht jedoch hierunter nur eine freiwillige, ungezwungene Entrichtung der Strafe. Es will den Schuldner, der mit der Entrichtung die Angemessenheit der Strafe anerkannt oder nur in Rechtsunkenntnis gehandelt hat, an einer künftigen Willensänderung hindern. Von einer freiwilligen Entrichtung der Strafe kann aber dann nicht die Rede sein, wenn die Schuld im Zwangswege, auf Grund eines Versäumnis- oder vorläufig vollstreckbaren Urteils beigetrieben ist, oder wenn der Schuldner unter dem Zwange eines solchen Urteils zwecks Vermeidung der Zwangsvollstreckung (§ 712 Abs. 2 ZPO.) freiwillig leistet. Bleibt ihm in diesen Fällen der Anspruch auf Herabsetzung der Strafe gewahrt, so muß ihm auch dasselbe Recht bleiben, wenn er unter denselben Umständen die Aufrechnung erklärt hat. Nur dann ist ihm dieses Recht zu versagen, wenn er ohne jede Zwangslage, freiwillig zwecks Entrichtung der Strafe aufgerechnet hat.[2])

Eine Forderung ist nur dann aufrechenbar, wenn der Gläubiger „die Leistung verlangen kann", d. h. wenn sie fällig ist. Wann dieses zutrifft, ist nach Lage des Einzelfalles insbesondere nach den Umständen, der Art und Natur der Forderung zu beurteilen. Die Fälligkeit kann durch parteiliche Vereinbarung bestimmt sein. In diesem Falle kann der Gläubiger erst in dem festgelegten Zeitpunkte Erfüllung verlangen, und darum erst in diesem Augenblicke seine Forderung zur Aufrechnung verwenden. Ist dieser Zeitpunkt im Laufe eines gegen ihn angestrengten Prozesses eingetreten, so steht auch von jetzt ab der Aufrechnung nichts mehr im Wege.

Ist die Leistungszeit nicht durch Vertrag bestimmt, so greifen die allgemeinen gesetzlichen Grundsätze des § 271 ergänzend ein. Hiernach ist der Gläubiger befugt, die ihm gebührende Leistung sofort nach Entstehen der Forderung zu verlangen. Er kann daher im Zweifel auch sofort aufrechnen. Die Befristung einer Leistung gilt in dubio nach dem Grundsatze: diei adjectio pro reo, als ausschließlich im Interesse des Schuldners hinzugefügt, so daß der Gläubiger vor dieser Zeit weder Zahlung verlangen, noch aufrechnen darf. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Befristung im Interesse beider Teile wie bei verzinslichen, hypothekarisch angelegten Geldforderungen und auch lediglich im Interesse des Gläubigers ausbedungen ist, wie z. B. bei Deponierung einer Sache bis zu einem bestimmten Zeitpunkte.[3]) Im ersteren Falle kann kein Teil vor Eintritt des Termins aufrechnen; dagegen hindert die

---

[1]) Siber a. a. O. S. 106; Planck Bd. 5 S. 92.

[2]) Matthiaß a. a. O. S. 280ff.; Planck Bd. 1 S. 49; Siber S. 90; Weismann, Zeitschr. f. Zivilprozeß bei Busch Bd. 26 S. 10.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 95. Über Fälle gesetzlicher Betagtheit von Forderungsrechten vgl. Langheineken a. a. O. S. 67ff.

im alleinigen Interesse des Gläubigers ausgemachte Befristung diesen nicht, sofort Leistung zu verlangen und seine Forderung zur Kompensation zu stellen.

Eine aufschiebend bedingte Forderung wird mit Eintritt der Bedingung fällig. Ist aber die Bedingung ausschließlich in den Willen des Berechtigten gestellt, so kann er kompensieren, wie wenn die Forderung unbedingt wäre.[1])

Ist die Fälligkeit von einer Kündigung abhängig, so wird das Recht zur Aufrechnung in dem Zeitpunkte der Kündigung begründet, falls die Leistung sofort mit der Kündigung begehrt werden kann. In solchem Falle enthält die Aufrechnung allein schon eine Kündigung.[3]) Kann der Gläubiger die Leistung erst fordern, nachdem eine bestimmte Zeit seit der erfolgten Kündigung verstrichen ist — ein ohne Zeitbestimmung gegebenes Darlehn über 300 Mk. wird beispielsweise erst drei Monate nach Kündigung fällig —, so entsteht sein Aufrechnungsrecht erst nach Ablauf dieses Zeitabschnitts.

Eine wichtige Ausnahme von dem erörterten Erfordernis der Fälligkeit, ja selbst der Unbedingtheit der Forderung ist im Konkursverfahren für den Fall vorgesehen, daß über das Vermögen des Schuldners des Aufrechnenden das Konkursverfahren eröffnet wird. In diesem Falle wird gemäß § 54 KO. die Aufrechnung nicht dadurch gehindert, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufgerechnete Forderung betagt oder bedingt ist.

Lippmann[3]) und Crome[4]) führen in diesem Falle das Recht der Aufrechnung auf den im § 61 KO. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz zurück, daß betagte Forderungen im Konkursverfahren als fällige gelten; Jaeger verteidigt die Ansicht, das Aufrechnungsrecht erfahre im Konkurse eine berechtigte Erweiterung insofern, als es an leichtere Voraussetzungen geknüpft sei.[5]) Dieser Standpunkt dürfte richtig sein. Die Konkurseröffnung ist nicht imstande, betagte Forderungen plötzlich fällig werden zu lassen, vielmehr drängt die Natur des Konkursverfahrens als eines durch die Konkurseröffnung für sämtliche Gläubiger des Gemeinschuldners begründeten Generalpfandrechts dazu, auch betagten Forderungen die Teilnahme an diesem Pfandrechte zu gestatten, eine Vorschrift, die auch im Interesse „einer schnelleren Liquidation" der Masse geboten erscheint. Die Aufrechnung im Konkurse dient in erster Linie dem Zwecke, dem Gläubiger für seine Forderung an den Gemeinschuldner Deckung zu verschaffen. Das Aufrechnungsrecht im Konkurse gestaltet sich demnach als ein dem Gläubiger ausnahmsweise verliehenes Deckungs- oder Absonderungsrecht, wofür schon die äußere Stellung der Aufrechnung in der Konkursordnung unmittelbar hinter den Absonderungsberechtigten hindeutet.

Eine besondere Bestimmung gilt für den Gläubiger, der mit einer aufschiebend bedingten Forderung im Konkurse kompensieren will (§ 54 Abs. 3 KO.). Hier entsteht durch die Konkurseröffnung nur ein bedingtes Aufrechnungsrecht, das erst mit dem Eintritt der Bedingung ausübungsreif wird. Der bedingt Berechtigte muß darum zunächst den vollen Betrag seiner fälligen Schuld in die Konkursmasse einzahlen. Damit er nun seines Aufrechnungsrechtes nicht verlustig geht, kann er „zum Zwecke der Aufrechnung" Sicherstellung in voller Höhe der von ihm eingezahlten Schuld verlangen, muß aber gleichzeitig die Aufrechnung erklären.[6]) Ist jedoch die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht besitzt, so fließen die zur Sicherstellung des bedingt berechtigten Gläubigers hinterlegten Beträge für die Schlußverteilung zur Konkursmasse zurück (vgl. § 171 KO.).

Tritt die Bedingung ein, wodurch seine Forderung zu einer unbedingten wird, so kann

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 476.
[2]) RG. Bd. 17 S. 148ff.
[3]) Lippmann a. a. O. S. 203ff.
[4]) Crome Bd. 2 S. 309.
[5]) Jaeger, KO. § 53 Einl. S. 360.
[6]) Crome Bd. 2 S. 309, 3c; Jaeger § 54 Anm. 6 a. E.; a. A. Weigelin S. 155.

der Gläubiger sich aus dem hinterlegten Betrage befriedigen; fällt die Bedingung aus, so verbleibt der von ihm eingezahlte Betrag endgültig in der Konkursmasse.

II. Die Passivforderung.

Angesichts der klaren Wortfassung des § 387: „Schulden zwei Personen einander Leistungen", sollte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch auf Seiten des Aufrechnungsgegners eine Forderung vorliegen muß, welche durch die Aktivforderung getilgt werden soll. Dies wird teilweise geleugnet und behauptet, es könne auch ohne die Existenz einer Gegenforderung eine Aufrechnung wirksam vollzogen werden. Die Streitfragen treffen folgende zwei Punkte:

1. Ist eine Aufrechnung auch gegen eine nichtgültige Forderung, insbesondere gegen eine Nichtschuld möglich und wirksam und hat der Aufrechnende event. nur einen Kondiktionsanspruch gegen den Aufrechnungsgegner, oder

2. ist eine solche Aufrechnung von vornherein ohne jegliche rechtliche Wirkung, also überhaupt rechtlich unwirksam?

Für das gemeine Recht spielt diese Streitfrage keine Rolle, da sich die einseitige Aufrechnung lediglich auf den Prozeß beschränkte und durch das gerichtliche Urteil vollzogen wurde. Danach wurde zunächst die Gegenforderung festgestellt, so daß sie unter den Parteien als wirksam gelten mußte.

Unter der Herrschaft des Bürgerl. Gesetzbuches hat die beregte Streitfrage Anlaß zu interessanten Meinungskämpfen gegeben. Leonhard ist hier der erste, der den Grundsatz aufstellte, es könne auch gegen eine Nichtschuld wirksam kompensiert werden und der Aufrechnende habe nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Gegner.[1]) Leonhard, wie auch die übrigen Verfechter der Theorie gehen von der Zahlung aus, deren Grundsätze sie analog für die Aufrechnung angewandt wissen wollen. Zahlung und Aufrechnung haben, so führt Leonhard aus, das Merkmal gemeinsam, daß sie eine rechtsgeschäftliche Tilgungsbestimmung in sich schließen, welche die Leistung überhaupt erst zu einer Schuldtilgung erhebe. Wer aufrechne, erkläre ausdrücklich, daß er die Leistung zur Tilgung der Schuld bestimme. Diese Erklärung enthalte eine genügende causa, welche die Leistung auch dann zu einer gerechtfertigten mache, wenn sie nicht geschuldet würde. Habe der Aufrechnende aber nachträglich erkannt, daß er irrtümlicherweise das Bestehen einer Schuld angenommen, so könne er nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung die aufgerechnete Forderung kondizieren.

Während Weismann — freilich ohne Begründung — sich der Ansicht Leonhards im Resultate anschließt,[2]) versucht Kohler, der übrigens für die „prozessuale" Aufrechnung ebenfalls an dem Erfordernis des Bestehens einer Gegenforderung festhält, für die „zivilistische" Aufrechnung den gegenteiligen Standpunkt zu rechtfertigen. Er geht von der Auffassung aus, daß die Gegenforderung nicht „Bedingung", sondern nur „Voraussetzung" der Kompensation sei. Diese enthalte eine Anweisung an den Gläubiger, sich mit seiner Forderung für seine Schuld bezahlt zu machen. Wie eine Anweisung wirke, auch wenn durch sie eine Nichtschuld bezahlt werde, so wirke auch eine Aufrechnung, wenn sie auf eine Nichtschuld gehe, m. a. W. die Aktivforderung gehe infolge der über sie getroffenen Verfügung unter, eine Wirkung, welche nur durch Kondiktion rückgängig gemacht werden könne.[3]) [4])

Weismann und Leonhard weisen insbesondere noch auf die Härten und Unbillig-

---

[1]) vgl. Leonhard, Aufrechnung S. 154 u. Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, im Arch. für bürgerl. R. Bd. 21 S. 171 ff.

[2]) Weismann bei Busch Bd. 26 S. 28.

[3]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 20.

[4]) vgl. auch Stölzel a. a. O. S. 232 ff.; Förtsch, Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 230 ff.; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 239; Isay, Willenserklärung und Tatbestand des Rechtsgeschäfts S. 74.

keiten hin, zu denen die gegenteilige Meinung führen müsse. Hiernach habe im Prozeßfalle der Aufrechnungsgegner den schwierigen Beweis zu führen, daß seine Forderung begründet und die Aufrechnung demgemäß wirksam gewesen sei. Der Billigkeit entspreche es dagegen, daß demjenigen, der einmal Zahlung erlangt habe, d. h. dem Aufrechnungsgegner, nicht weiterhin die Beweisgefahr aufgebürdet werde, habe er wegen der Aufrechnung die Beweismittel seiner Forderung aufgegeben, den Schuldschein zurückerstattet oder vernichtet, so müsse er unter dem nachträglichen Verluste seiner Beweismittel ungerecht leiden.

Solche Erwägungen können aber unmöglich eine hinreichende Rechtfertigung jener Auffassung geben, und zwar dies um so weniger, da bei gegenteiliger Meinung auch der Aufrechnende möglicherweise in dieselbe prekäre Lage kommen kann, wenn er den ihm obliegenden Nachweis zu führen hat, daß die Forderung des Gegners nicht existiert und er nur irrtümlich die Aufrechnung erklärt hat.

Die Unhaltbarkeit dieser Lehre folgt, wie bereits hervorgehoben, unmittelbar aus dem Gesetze selbst, das ausdrücklich das Erfordernis einer Gegenforderung hervorhebt, indem es bestimmt: „Schulden zwei Personen einander Leistungen." Da, wo kein Anspruch besteht, kann auch von einer Befriedigung nicht gesprochen werden. Der Gläubiger kann die Befriedigung einer nur in der Phantasie des Schuldners existierenden Schuld ablehnen, er braucht sich gegen seinen Willen eine Aufrechnung nicht aufdrängen zu lassen. Das Gesetz kennt auch nur das gleichzeitige Erlöschen *beider* Forderungen (§ 389), woraus notwendig folgt, daß ein Gegenanspruch vorliegen muß. Die gegenteilige Meinung würde auch zu dem widersinnigen Ergebnisse führen, worauf *Oertmann* und *Siber* aufmerksam machen. Es würde nämlich dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben sein, seine Forderung gegen den Aufrechnungsgegner einseitig zu erlassen, indem er unter Umgehung der für den Erlaß vorgeschriebenen Form seine Erklärung nicht Erlaß, sondern Aufrechnung nennen könnte. Es wird auch in der Wissenschaft, von den wenigen Ausnahmen abgesehen, die Möglichkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld allgemein verneint und auch das Reichsgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen.[1] [2])

Ist demnach eine Aufrechnung erklärt, ohne daß eine zu tilgende Gegenforderung bestand, so ist in Wirklichkeit gar keine Aufrechnung vorgenommen worden. Die erklärte Aufrechnung ist schlechthin unwirksam. Die Forderung des Aufrechnenden ist unversehrt geblieben und es bedarf darum keiner Bereicherungsklage, um die irrtümlich erklärte Aufrechnung rückgängig zu machen. Der Aufrechnende kann daher, falls seine Forderung verzinslich war, für die Zwischenzeit Zinsen verlangen; war seine Forderung durch Akzessorien, wie Bürgschaft oder Pfand gesichert, so kann er ohne weiteres auf diese zurückgreifen, da sie ja nicht durch die Aufrechnung frei geworden sind.

Der praktische Unterschied beider Auffassungen zeigt sich für den Prozeßfall hinsichtlich der Beweisfrage. Während nach der ersten Auffassung der Aufrechnungsgegner das rechtsgültige Bestehen seiner Forderung zur Zeit der Aufrechnungserklärung und somit deren Wirksamkeit dartun muß, ist nach der zweiten herrschenden Meinung der Aufrechnende dafür beweispflichtig, daß die Gegenforderung nicht bestanden habe und demgemäß seine Forderung völlig intakt geblieben sei.

Die obigen Grundsätze müssen auch Anwendung finden, wenn die Gegenforderung aus einem nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen Rechtsgeschäfte herstammt; denn auch in diesem Falle ist in Wirklichkeit gegen eine Nichtschuld aufgerechnet. Hatte der Aufrechnende aber von dem Nichtbestehen der Passivforderung Kenntnis und rechnete er trotzdem „zum Zwecke der

---

[1]) *Planck* § 387 Anm. 2; *Matthiaß* Bd. 1 S. 443; *Kipp* zu Windscheid Bd. 2 S. 442a; *Siber* 92f.; v. *Mayr* a. a. O. S. 465, 1; *Lippmann* in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 497ff.; *Oertmann* § 387 Anm. 3, im Recht 1901 S. 449ff.; *Liebknecht*, Vorbehaltszahlung S. 120.

[2]) RG. 10. 9. 1903 Seuff. Arch. Bd. 60 S. 55.

Erfüllung" auf, so muß ihm gemäß § 814 BGB. ein Rückforderungsanspruch des in Gestalt der Aufrechnung Geleisteten versagt werden.

Dahingegen ist die Aufrechnung gegen eine bloß anfechtbare Forderung möglich, da die bloße Anfechtbarkeit den Bestand der Forderung nicht unbedingt verneint. Beruft sich aber der zur Anfechtung berechtigte Kompensant nachträglich auf diesen Mangel, so tritt mit dinglich rückwirkender Kraft die Unwirksamkeit der Aufrechnung ein § 142.[1])

Für die gegen eine suspensiv bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung erklärte Aufrechnung finden dieselben Grundsätze Anwendung, die wir für die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld entwickelt haben.

Ist gegen eine resolutiv bedingte Forderung aufgerechnet, so hat die Aufrechnung gemäß § 389 beide Forderungen zum Erlöschen gebracht. Der Eintritt der Bedingung aber stellt ohne weiteres den früheren Zustand wieder her, so daß der Aufrechnende nicht bloß auf den Konditionsweg verwiesen ist. In dieser Hinsicht finden die Grundsätze entsprechende Anwendung, welche für die resolutiv bedingte Aktivforderung aufgestellt sind, auf welche wir hier verweisen können.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von dem Grundsatze, daß eine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld unmöglich ist, eine wichtige Ausnahme in § 357 zugelassen. Im Regelfalle ist bei einem gegenseitigen Vertrage die Aufrechnung nicht mehr zulässig, wenn der Vertragsgegner den Rücktritt vom Vertrage erklärt hat, da diesesfalls sein Anspruch auf Leistung erloschen ist und demgemäß keine Forderung mehr existiert, gegen welche der Schuldner-Gläubiger aufrechnen könnte. Der § 357 enthält nun die Bestimmung, daß, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil sich das Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung des Gegners vorbehalten und von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat, gleichwohl die Aufrechnung noch gegen den zurücktretenden Teil wirksam vollzogen werden kann, vorausgesetzt, daß sie unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt wird. In diesem Falle wird der Rücktritt nachträglich unwirksam.[2])

Es muß aber betont werden, daß im Falle des § 286, wo das Rücktrittsrecht kraft Gesetzes entsteht, die in Rede stehende Vorschrift des § 357 keine Anwendung findet.

Da nach obigen Ausführungen die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, von der Ausnahme des § 357 abgesehen, keine rechtliche Wirkung hat, so drängt sich die Prüfung der in der Literatur weniger erörterten Frage auf, ob unter Nichtschuld auch eine „nicht erzwingbare" Schuld verstanden werden muß; denn nach obigen Ausführungen soll unter „geschuldeter" Leistung nur die reaktionsfähige, d. h. im Klagewege verfolgbare Forderung zu verstehen sein. Bezüglich dieser Frage gehen die Meinungen wiederum auseinander. Siber[3]) und Weigelin[4]) meinen, das Gesetz verstehe auch hinsichtlich der Gegenforderung unter geschuldeter

---

[1]) vgl. oben S. 5; a. A. Lang a. a. O. S. 7 und 8.

[2]) So Siber a. a. O. S. 112; a. A. Schollmeyer zu § 357; Lippmann, Iherings Jahrbuch Bd. 43 S. 444 und Weigelin a. a. O. S. 81, welch letzterer den Fall so konstruiert, daß der Rücktritt nur suspensiv bedingt wirksam sei, in dem Sinne, daß er die Verbindlichkeit nicht aufhebe, bis sich entscheide, ob rechtzeitig aufgerechnet werde oder nicht. vgl. auch Endemann a. a. O. S. 662 Anm. 23; Planck zu § 357. Dieser erklärt die Bestimmung aus der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung, so daß die Voraussetzung, der andere Teil habe seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, im Aufrechnungsfalle nicht eingetreten sei. Nicht hierher gehört der im § 554 BGB. erörterte Fall, wo der Mieter die wegen zweimaliger Nichtzahlung des Mietzinses erfolgte Kündigung nachträglich dadurch unwirksam machen kann, daß er unverzüglich nach der Kündigung eine Gegenforderung zur Kompensation stellt. Denn in diesem Falle ist durch die Kündigung, die im gewissen Sinne ja auch als Rücktritt vom Vertrage, wenn auch erst mit Wirkung für die Zukunft aufgefaßt werden kann, der Anspruch gegen den Mieter nicht wie im § 357 erloschen, so daß eine Aufrechnung gegen eine bestehende Forderung, nämlich die rückständige Mietsforderung vorliegt.

[3]) Siber a. a. O. S. 93.

[4]) Weigelin a. a. O. S. 62; s. auch Lang a. a. O. S. 7.

Leistung nur eine mit Klagbarkeit ausgestattete Verbindlichkeit und erklären deswegen die Aufrechnung gegen eine bloß erfüllbare, aber klaglose Forderung für unwirksam. Diese Schriftsteller lassen demgemäß da keine Aufrechnung eintreten, wo gegen eine Spiel- oder Wettschuld oder eine Ehemäklerschuld aufgerechnet ist. Siber läßt jedoch in jenen Fällen eine Ausnahme zu, wo die Aufrechnung gegen eine Sittlichkeits- oder Anstandsschuld erklärt worden ist. Denn in diesem Falle solle der Aufrechnende nicht nachträglich sagen können: „Er sei gegen seinen Willen anständig gewesen und wünsche das rückgängig zu machen.“

Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden, vielmehr muß angenommen werden, daß unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Aufrechnung gegen eine klaglose Verbindlichkeit stattfinden kann. Es ist hier folgendes hervorzuheben:

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch bei verschiedenen Tatbeständen nur eine Schuldverbindlichkeit entstehen läßt, deren Erfüllung es in das persönliche Ehrgefühl des Verpflichteten setzt, so hat es hierfür gute Gründe.[1]) Die Ausstattung dieser Verbindlichkeiten mit der Erzwingbarkeit würde zu Ausartungen der mannigfachsten Gestalt führen, welche das Gesetz aus sozialpolitischen Gründen nicht begünstigen darf. Das Gesetz läßt aber die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten zu und verbietet auch dem Leistenden, das zur Tilgung der Schuld Geleistete zurückzufordern. Erkennt es aber die Befriedigung dieser Verbindlichkeiten durch Zahlung an und erklärt es sogar den Mangel der Form durch Erfüllung für heilbar (§ 518), so erscheint es gerechtfertigt, die Surrogate der Erfüllung in gleicher Weise zu behandeln. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch aber die Aufrechnung als eine Art der Befriedigung auffaßt, beweist schon ihre äußere Stellung im Rechtssysteme und weiterhin die Tatsache, daß es verschiedentlich die Möglichkeit der Befriedigung durch Aufrechnung ausdrücklich hervorhebt, vgl. §§ 422 Abs. 1, 1124 Abs. 2; 268 Abs. 2, 554 Abs. 2. Ist darum im Hinblicke auf eine nicht vollwirksame Forderung die Aufrechnung erklärt, so muß sie in demselben Umfange aufrechterhalten werden, in dem die Erfüllung derartiger Verbindlichkeiten möglich ist und kann darum nur unter denselben Voraussetzungen wie die Erfüllung einer derart mangelhaften Verbindlichkeit als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.[2])

Im einzelnen erhalten wir sonach folgendes:

Beruht die Passivforderung auf Spiel, Wette oder einem Differenzgeschäft[3]) oder stellt sie sich als Vergütung für die Vermittlung einer Ehe dar, so ist die Aufrechnung gegen sie wirksam und das zwecks Befriedigung der Forderung Geleistete kann nicht kondiziert werden mit der Begründung, es habe eine erzwingbare Gegenforderung nicht vorgelegen. Auch Siber hat inzwischen seinen gegenteiligen Standpunkt aufgegeben und erklärt nunmehr auch die Aufrechnung gegen eine Spiel- oder Wettforderung für zulässig.[4])

Ist ein Bürge aus einem formlosen Bürgschaftsvertrage für die Hauptschuld in Anspruch genommen, oder ist jemand aus einem formlosen Schenkungsversprechen belangt worden, so ist die Aufrechnung gegen diese Forderungen gleichfalls vollgültig, denn der Mangel der Form ist durch die in der Aufrechnung liegende Erfüllung geheilt worden (§§ 766, 518).

Dasselbe gilt, wenn durch die Aufrechnung einer Verpflichtung nachgekommen ist, deren Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht (§ 814).

Die Passivforderung ist im Gegensatze zu der Aktivforderung auch dann zur Aufrechnung geeignet, wenn sie mit einer Einrede behaftet ist, selbst wenn diese eine zerstörliche

---

[1]) vgl. das Sprichwort: Spielschulden sind Ehrenschulden.

[2]) vgl. auch Matthiaß 1 S. 434; v. Mayr a. a. O. 469; Weismann bei Busch Bd. 20 S. 10; Leonhard, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 221; Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 449; Dernburg, Aufrechnung 2. Aufl. S. 469 ff.

[3]) vgl. jedoch oben S. 4 Anm. 5.

[4]) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 232.

ist.[1]) Es folgt dieses unmittelbar aus dem Gesetze, und zwar durch argumentum e contrario aus § 390, der nur die Aufrechnung mit einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, verbietet, die Aufrechnung gegen eine solche Forderung demnach nicht ausschließt. Auch folgt aus § 387, daß der Schuldner trotz des ihm zustehenden Einrederechts die Leistung bewirken kann, da die Einrede ihm nur ein Recht zur Leistungsverweigerung gewährt, eine Verpflichtung zu seiner Ausübung für ihn aber nicht besteht. Der Träger der einredebehafteten Gegenforderung hat kein Interesse daran, das zu ihrer Befriedigung ihm Dargebotene zurückzuweisen, wird er doch sogar von einer Schuld befreit, die er andernfalls erfüllen müßte. Ja, er hat nicht einmal das Recht, die Annahme der Leistung zu verweigern, da er den Schuldner zur Ausübung des ihm zustehenden Einrederechts nicht zwingen kann. Weiterhin, und dieses ist wohl der schlagendste Beweis, setzt auch der § 396 die Gültigkeit einer Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung allgemein voraus; denn diese Vorschrift gewährt dem Aufrechnungsgegner das Recht, unter gewissen Voraussetzungen der Anrechnungsbestimmung des Aufrechnenden mit der Wirkung zu widersprechen, daß wie bei der Zahlung gemäß § 366 BGB. die Aufrechnung zunächst auf eine dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietende Forderung als erfolgt gilt. Unter Sicherheit sind hier nicht nur die außerordentlichen Hilfsmittel zu verstehen, welche die Verwirklichung der Forderung gewährleisten sollen, wie Pfand, Bürgschaft, Hypothek, sondern jedes Mittel, welches zur Verwirklichung der Forderung dienlich ist, also auch die Klage. Daraus folgt, daß im Sinne dieser Vorschrift eine verjährte Forderung eine solche ist, die dem Gläubiger eine geringere Sicherheit bietet, als eine unverjährte.[2]) Der § 396 spricht danach ausdrücklich den Grundsatz aus, daß gegen einredebehaftete Forderungen wirksam kompensiert werden kann.

Ist die Aufrechnung erklärt, so erlöschen die Forderungen, gleichviel ob der Aufrechnende die bestehende Einrede kannte oder nicht. War ihm das Bestehen der Einrede bekannt, so muß in der Aufrechnung ein Verzicht auf die Einrede gesehen werden. Ein etwaiger Rückforderungsanspruch ist demnach ausgeschlossen.[3]) Hatte er dagegen in Unkenntnis von dem Bestehen der Einrede die Aufrechnung geltend gemacht, so ist zu unterscheiden, ob eine zerstörlich oder nur verzögerlich wirkende Einrede in Frage stand.

1. Wie bereits hervorgehoben, erblickt das Bürgerliche Gesetzbuch in der Aufrechnung wie in der Erfüllung ein Mittel, das dem Gläubiger Befriedigung verschafft und dem Schuldner Befreiung von der Schuld gewährt. Die Aufrechnung enthält danach eine „Leistung“ im Sinne der §§ 813 ff., denn auch die einredebehaftete Forderung ist durch sie zum Erlöschen gebracht. Wenn nun das Gesetz selbst wiederholt die Aufrechnung als der Erfüllung gleichwertig an die Stelle setzt, so liegt die Annahme nahe, daß der § 813 auch auf die Erfüllungssurrogate analog angewandt werden soll. Die Motive heben denn auch dieses bezüglich der Leistung an Erfüllungsstatt ausdrücklich hervor, und es wird daher für die Aufrechnung dasselbe gelten und dem Schuldner gemäß der bezogenen Bestimmung ein Konditionsanspruch gegeben werden müssen, falls er in Unkenntnis von dem Bestehen der zerstörlichen Einrede kompensiert hat.[4])

Wollte man aber, wie dies neuerdings Weigelin tut,[5]) für die Aufrechnung

---

[1]) Matthiaß a. a. O.; Planck § 390 Anm. 3; Siber S. 90; Oertmann, Recht 1901 S. 450 und § 390; Kipp zu Windscheid S. 449; v. Mayr a. a. O. S. 469, 3; S. 470, 4; Schollmeyer § 390 Anm. 4.

[2]) So Matthiaß a. a. O. S. 440; Weismann bei Busch Bd. 26 S. 30; Schollmeyer § 396 Anm. 3; v. Seeler im Arch. für bürgerl. R. 15 S. 109 ff.; a. A. Planck § 396, 1 a. E.; vgl. § 222 BGB.

[3]) Matthiaß a. a. O. S. 434.

[4]) Matthiaß a. a. O.; Weismann a. a. O. S. 11; Siber S. 91; Schollmeyer S. 341, 4; Oertmann § 390 Anm. 3.

[5]) Weigelin a. a. O. S. 35 ff.; dagegen Lang a. a. O. S. 9 Anm. 22.

jede Analogie der Erfüllung ausschließen, so würde dem Schuldner in diesem Falle gleichwohl ein ihn schadlos haltender Ausweg zu Gebote stehen. Da die in Kenntnis der Einrede erfolgte Aufrechnung, so führt Weigelin aus, einen Verzicht auf die Geltendmachung dieses Rechtes in sich schließt, so erhellt, daß im Falle der Unkenntnis der Einrede sich Wille und Erklärung des Aufrechnenden nicht decken. Äußerlich liegt ein Verzicht auf die Einrede vor, in Wahrheit ist aber ein solcher vom Schuldner gar nicht gewollt. Er kann daher gemäß § 119 Abs. 1 BGB. die in der Aufrechnung enthaltene Verzichtserklärung wegen Irrtums anfechten, sodaß die letztere gemäß § 142 als von Anfang an als nichtig gilt. Die Folge ist, daß im Zweifel nach § 139 auch das Aufrechnungsgeschäft hinfällig wird, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Da die Aufrechnung in dem gedachten Falle aber notwendig einen stillschweigenden Verzicht in sich schließt, so kann jener letzte Fall überhaupt nicht in Betracht kommen.

Bei der Auffassung Weigelins kann selbstverständlich von einem Rückforderungsanspruch, wenn der Aufrechnende den obigen Weg einschlägt, nicht die Rede sein. Der Aufrechnende kann vielmehr auf seine durch die Anfechtung mit dinglich rückwirkender Kraft in ihren ursprünglichen Zustand zurückversetzte Forderung ohne weiteres zurückgreifen, er kann demnach auch — und hierin zeigt sich ein praktisch wichtiger Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung — sofort die zur Sicherheit seiner Forderung dienenden Bürgen und Pfänder in Anspruch nehmen, da auch diese infolge der Nichtigkeit der Aufrechnung sofort wieder ins Leben zurückgetreten sind.

War die Passivforderung mit der Verjährungseinrede belastet, so steht dem aufrechnenden Teile jedoch kein Rückforderungsanspruch zu, auch wenn er in Unkenntnis der Einrede die Aufrechnung vorgenommen hatte, wie dem § 222 BGB. zu entnehmen ist.[1])

2. War die Einrede nur eine verzögerliche, so ist in analoger Anwendung des § 813 Abs. 2 die Rückforderung ausgeschlossen, da die Rückforderung des zwecks Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit Geleisteten unzulässig ist.[2])

Wie sich aber der Rückgewährungsanspruch bei der hier vertretenen Auffassung gestaltet, soll nunmehr gezeigt werden:

Da die beiden Forderungen erloschen sind, so geben Planck, Oertmann und andere dem Aufrechnenden einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr seiner Forderung, die er infolge des Nichtbestehens der Gegenforderung eingebüßt und welche den Gegner ohne rechtlichen Grund bereichert hat. Diese Rückgewähr soll in der Weise erfolgen, daß „die aufgerechnete Forderung so wiederhergestellt wird, wie sie vor der Aufrechnung bestanden hat".[3]) War sie also durch Pfand oder Bürgschaft gesichert, so wäre der Gegner auch verpflichtet, dem aufrechnenden Teile diese akzessorischen Rechte wieder zu verschaffen. Diese Gestaltung der Rückgewährspflicht ist jedoch unhaltbar.

Eine Wiederherstellung der Forderung ist unmöglich, denn es kann stets nur eine neue Forderung mit höchstens demselben Leistungsinhalte der alten Forderung begründet werden.

---

[1]) Siber S. 91, 92; Weigelin gestattet auch in diesem Falle, von seinem Standpunkte ganz folgerichtig, dem Aufrechnenden die Aufrechnung anzufechten. Es dürfte indes dies kaum praktische Bedeutung haben, da diesesfalls der Gegner auch seinerseits die Aufrechnung erklären könnte (S. 66).

[2]) Weigelin gibt auch in diesem Falle ein Anfechtungsrecht.

[3]) Planck Bd. 2 S. 158 und Anm. 3 S. 218 zu § 365; Oertmann zu § 365; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 118 Anm. 5; Matthiaß S. 434 und § 141; Mot. Bd. 2 S. 38; s. auch Lang a. a. O. S. 8.

Diese neue Forderung hat denn auch stets einen anderen Rechtsgrund und unter Umständen einen völlig neuen Charakter. [1])

Ein Beispiel diene zur Erläuterung:

War die aufgerechnete Forderung eine Kaufgeldforderung, so könnte die neue Forderung doch nur auf Grund eines neuen Kaufvertrages entstehen. Der Gegner müßte also mit dem Aufrechnenden einen neuen Kaufvertrag abschließen. War eine Wechselforderung aufgerechnet und darauf der Wechsel dem Gegner zurückgegeben und abhanden gekommen oder vernichtet, so wäre die Ausstellung eines neuen Wechsels erforderlich. Sofort würden sich hier die größten Schwierigkeiten ergeben, wenn auf dem ursprünglichen Wechsel Regreßpflichtige vorhanden waren. Diese würden sich weigern, von neuem als Wechselschuldner in den Wechsel einzutreten.

Ebenso kompliziert würden sich die Fälle gestalten, in denen die aufgerechnete Forderung auf Gesetz oder letztwilliger Verfügung beruhte, wenn beispielsweise eine Legatsforderung zur Aufrechnung gestellt war. Hier könnte überhaupt doch nur durch Vertrag eine neue Forderung ins Leben gerufen werden.

In all diesen Fällen würde aber die Forderung zum mindesten eine abstrakte im Sinne der §§ 780 ff. BGB. sein und somit unter Umständen einen von der ursprünglichen Forderung vollkommen verschiedenen Charakter tragen. Aus diesen Erwägungen erhellt, daß die Rückgewährspflicht nicht in einer „Wiederherstellung" der Forderung bestehen kann.

Abgesehen davon, würde die praktische Durchführung einer den Aufrechnungsgegner zur Wiederherstellung der Forderung verurteilenden Entscheidung zu den größten Unzuträglichkeiten führen. Im Weigerungsfalle des Schuldners wäre eine neue Klage erforderlich, um ihn zum Abschlusse des Vertrages, d. h. zur Begründung der neuen Forderung, und falls die alte durch Pfand oder Bürgschaft sichergestellt war, ihn zur Wiederverschaffung dieser Sicherheiten zu zwingen. Mit der Rechtskraft dieses Urteils würde nun freilich der neue Vertrag zustande gekommen sein (§ 894 ZPO.), aber noch nicht die Pfand- und Bürgschaftsbestellung. Weiterhin müßte ein neuer Prozeß angestrengt werden, um die Erfüllung jenes Vertrages und demgemäß die Wiederverschaffung der Sicherheiten zu erlangen. Wäre die Pfandsache vor dem Urteil veräußert oder untergegangen, der Bürge gestorben oder in Konkurs geraten, so wäre eine Wiederverschaffung dieser Sicherheiten schlechthin unmöglich und der Gläubiger somit außerstande, sich an diesen schadlos zu halten. Ein solch weitschweifiger Umweg kann augenscheinlich nicht der richtige sein. Es kann unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen, dem Gläubiger diese Prozeßlast aufzubürden.

Da die Wiederherstellung der Forderung nicht möglich ist, so erstreckt sich gemäß § 818 BGB. die Rückgewährspflicht des Aufrechnungsgegners von vornherein auf den Werterfatz des ohne rechtlichen Grund Erlangten. Da er Befreiung von seiner Schuld erlangt, so ist er daher zur Erstattung des Wertes verpflichtet, welcher der Höhe der aufgerechneten Forderung gleichkommt und nach dieser zu berechnen ist. Für diese Berechnung ist der Zeitpunkt zugrunde zu legen, in welchem die Forderung zwecks Aufrechnung geltend gemacht wurde. Es sind demnach insbesondere auch die Zinsen zu ersetzen, welche die Forderung bis zu dieser Zeit getragen hatte. Dieses ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, den es zuletzt in seiner Entsch. v. 3. 5. 1904 (Bd. 58 S. 106) ausgesprochen.[2])

Ist der Aufrechnungsgegner zahlungsunfähig, so ist freilich die Vollstreckung gegen ihn zwecklos. In diesem Falle dürfte aber auch regelmäßig ein Rückgriff auf das Pfand ausgeschlossen sein, da dieses der Pfändung nicht unterliegen wird. Auch kann er den für die

[1]) Hier möchte ich eine Ausnahme machen für den Fall, daß der aufrechnende Teil eine Wechselforderung aufgerechnet und darauf den Wechsel dem Gegner ausgehändigt hat. Hat dieser den Wechsel verwahrt, so kann er einfach den Wechsel zurückgeben, so daß hier in Wirklichkeit die „alte" Forderung „wiederhergestellt" wird.

[2]) RG. Bd. 9 S. 72 und Bd. 10 S. 10.

ursprüngliche Forderung bestellten Bürgen nicht mehr in Anspruch nehmen, da dieser infolge Untergangs der Forderung frei geworden ist und dem Gläubiger nur ein Anspruch auf den Werterſatz der Forderung zusteht.

Die Gegenforderung braucht aber nicht wie die Aktivforderung fällig zu sein, vielmehr genügt nach § 387 zu ihrer Aufrechenbarkeit nur, daß der Schuldner die Leistung bewirken kann.[1] Dieser Zeitpunkt kann möglicherweise vor dem Fälligkeitstermine liegen. Jedoch ist die Lage des Einzelfalles ausschlaggebend. Ist eine Leistungszeit vereinbart, so gilt im Zweifel diese Bestimmung im alleinigen Interesse des Schuldners getroffen, so daß dieser vor der Zeit leisten und auch aufrechnen kann, wenngleich der Gläubiger die Leistung noch nicht zu fordern berechtigt ist. Dieses vorzeitige Leistenkönnen muß aber dann fortfallen, wenn dem Gläubiger durch die verfrühte Leistung irgend ein Nachteil erwachsen würde.

So ist der Schuldner nicht berechtigt, einen noch nicht fälligen Wechsel vor dem Verfalltage einzulösen und gegen diese Forderung aufzurechnen, denn er darf dem Gläubiger nicht das Recht entziehen, den Wechsel vor Verfallzeit weiter zu begeben und einen möglichen Kursgewinn zu erzielen.[2] Aus dem Gesagten folgt auch, daß der Schuldner nur aufrechnen kann, insoweit er zur Leistung berechtigt ist. Gegen eine in Raten rückzahlbare Darlehensschuld ist deswegen auch die Aufrechnung nur in dem Umfange zulässig, wie der Schuldner eine Rate zurückzahlen kann; denn anderenfalls würde den Gläubiger ein Zinsverlust treffen.

Eine betagte Forderung kann der Schuldner bewirken und demgemäß gegen sie aufrechnen, wenn die Stundung unentgeltlich erfolgt ist. Die Aufrechnung kann jedoch nicht stattfinden, wenn die Stundung entgeltlich, also auch im Interesse des Gläubigers geschah, weil der Schuldner in diesem Falle nicht leisten kann, ohne den Gläubiger zu benachteiligen.[3]

Jene Fälle, in denen der Schuldner dinglichen Ansprüchen gegenüber zur Leistung und Aufrechnung berechtigt ist, sollen in einem besonderen Paragraphen erörtert werden.

Besonderheiten gelten auch hier für den Fall, daß über das Vermögen des Gläubigers eines Schuldners das Konkursverfahren eröffnet ist. Hier macht die Konkursordnung zugunsten des Gläubigers des Gemeinschuldners eine wichtige Ausnahme, indem sie ihm gestattet, die Aufrechnung gegen eine unbedingte und unbetagte Forderung auch dann vorzunehmen, wenn er zu deren Erfüllung noch nicht berechtigt ist. Es muß dieses aus § 54 KO. um so mehr gefolgert werden, als nach dieser Bestimmung sogar gegen eine bedingte und betagte Forderung die Aufrechnung möglich ist. Aus § 65, wonach betagte Forderungen gegen den Gemeinschuldner als fällig gelten, kann nicht das Gegenteil dieser Auffassung gefolgert werden, wie Jaeger annimmt.[4] Diese Bestimmung bezieht sich nur auf solche Forderungen, die an dem Konkurse teilnehmen können, wie wenn sie schon fällig wären, nicht aber auch auf solche, die zwecks Befriedigung eine Teilnahme am Konkurse nicht erforderlich machen. Die Aufrechnung ist, wie bereits hervorgehoben, überhaupt keine Teilnahme am Konkurse, auch wenn sie von einem Gläubiger des Gemeinschuldners vorgenommen wird § 53 KO.

Weismann meint, daß die beiden Forderungen wechselseitig vollkommen voneinander unabhängig sein müssen; wenn darum ein Anspruch von vorneherein nur auf einen sich ergebenden Überschuß gerichtet sei, komme eine Aufrechnung nicht in Frage. Weismann zieht das Beispiel des Mandats heran; hierbei habe der Mandant von vornherein nur einen Anspruch auf den Überschuß, der sich ergebe, wenn die Auslagen des Mandatars von den Einnahmen des ausgeführten Geschäftes in Abzug gebracht würden. Derselbe Grundsatz soll

---

[1]) Anders die l. 7 pr. D. 16, 2.

[2]) KG. 24. 6. 1901 im Recht 1901 S. 589; vgl. auch Siber S. 94.

[3]) Kipp zu Windscheid Bd. 2 § 350 S. 450; v. Mayr a. a. O. S. 469; Schollmeyer § 387, 1e.

[4]) Jaeger § 53 Anm. 29, § 65 Anm. 4.

Platz greifen bei dem Anspruch auf Rückzahlung einer Kaution beim Vorliegen von Ansprüchen, zu deren Sicherheit die Kaution bestellt war.[1])

In theoretischer Hinsicht mag jene Ansicht richtig sein, in praktischer Beziehung muß ihr jede Bedeutung abgesprochen werden. Weismann irrt, wenn er meint, es sei von vornherein in den erwähnten Fällen nur ein Anspruch gegeben. Es steht vielmehr jedem der Beteiligten ein eigener, selbständiger Anspruch zu: Der Mandatar hat ein Anrecht auf Ersatz seiner Aufwendungen, der Mandant den Anspruch auf Herausgabe der bei Ausführung des Auftrages erlangten Einnahmen. Diese beiden Ansprüche beeinflussen sich nicht von vornherein von selbst, wie nach Weismann angenommen werden muß, so daß von vornherein nur ein Anspruch auf den Überschuß vorhanden ist, sondern es bedarf, wie bei jedem subjektiven Rechte als einem nach gesetzlicher Vorschrift bestimmte Befugnisse einräumenden und event. zwangsweise realisierbaren Wollendürfen, einer in irgend einer Weise hervortretenden Willenskundgebung, wenn eine Beeinflussung durch ein sonstiges Recht eintreten soll, das gegen den Träger des subjektiven Rechtes sich richtet. Von diesem Prinzip ist nur dann eine Abweichung als zulässig zu erachten, wenn das Gesetz selbst eine Ausnahme statuiert. Einen solchen Ausnahmefall hat das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1239 Abs. 1 und 1288 Abs. 2 aufgestellt. Die Tatsache, daß beide Ansprüche auf einem einheitlichen Rechtsgrunde, dem Mandatsverhältnisse beruhen, beweist für die Lehre Weismanns nichts. Der in Anspruch genommene Mandatar wird sich weigern, die Einnahmen herauszugeben, wenn sich der Mandant nicht gleichzeitig zum Ersatze der Auslagen bereit erklärt, und zwar mit Recht. Es steht zu seinem Schutze ihm ein Zurückbehaltungsrecht zur Seite (§ 273), das er geltend macht. Muß er aber erst angreifend vorgehen, so kann nicht mehr gesagt werden, daß die Minderung von selbst eingetreten sei.

In dem zweiten von Weismann aufgeführten Beispiele weigert auch der Kautionsnehmer mit Recht die Rückgabe der Kaution, solange er nicht für seine Hauptansprüche, zu deren Sicherheit die Kaution gegeben war, Befriedigung erlangt hat. Muß der Kautionsnehmer aber erst mittels Einrede seinen Anspruch geltend machen, so kann auch hier von einer von selbst eingetretenen Minderung nicht die Rede sein. Eine praktische Bedeutung hat sonach die Weismannsche Lehre nicht.[2])

§ 3.

Die Aufrechnung mit und gegen dingliche Ansprüche.

Der § 387 bestimmt, daß nur Forderungen zur Aufrechnung verwendet werden können. Die Aufrechnung mit und gegen dingliche Ansprüche ist danach grundsätzlich verneint. Jedoch trifft dieser Satz in der Allgemeinheit nicht zu. Er ist in einigen Beziehungen durchbrochen, indem das Gesetz ausnahmsweise die Aufrechnung dinglicher Ansprüche für zulässig erklärt.

1. Es kommen in dieser Beziehung zunächst jene Ansprüche in Betracht, die auf Herausgabe einer Sache gerichtet sind. Diese sind weder aktiv noch passiv zur Kompensation geeignet, und zwar macht es keinen Unterschied, ob eine individuell bestimmte oder eine Gattungssache in Frage steht. So kann der Eigentümer einer vermieteten, verliehenen oder in Verwahrung gegebenen Sache dem Mieter, Entleiher bezw. Verwahrer, dem er eine Sache gleicher Art schuldet, das Behalten dieser Sache zwecks Befriedigung seiner Forderung anbieten. Nimmt jener dieses Anerbieten an, so ist er befriedigt, nicht aber durch Aufrechnung,

---

[1]) Weismann a. a. O. S. 5.

[2]) Einen solchen Fall kannte das römische Recht in dem Satze: Necessarias impensas ipso jure minuere. Hiernach erstreckte sich die Erstattungspflicht des Ehemannes von vornherein auf den von Rechts wegen um die Auslagen verminderten Betrag, ein Grundsatz, der überall scharf durchgeführt wurde.

sondern durch wirkliche Erfüllung der geschuldeten Sache infolge brevi manu traditio, denn das Bürgerliche Gesetzbuch macht den Eigentumsübergang beweglicher Sache von der Einigung und Übergabe abhängig, es kennt aber keine einseitige, den Eigentumsübergang herbeiführende Erklärung. Umgekehrt kann auch der Besitzer gegen den dinglichen Herausgabeanspruch nicht kompensieren; die Aufrechnung gegen einen solchen Anspruch würde sich als Aneignung einer fremden Sache charakterisieren, zu welcher niemand gegen den Willen des Eigentümers berechtigt ist. Was über den Eigentumsanspruch gilt, muß in gleicher Weise für die Aufrechnung eines Anspruchs zutreffen, der auf Einräumung des (unmittelbaren) Besitzes abzielt. A hat beispielsweise dem B ein Pferd vermietet, B holt sich ohne Wissen und Willen des A ein diesem gehöriges Pferd aus dessem Stalle, um es als gemietet zu gebrauchen. Wenn jetzt A dem B gestattet, das widerrechtlich ihm entzogene Pferd als Mieter zu benutzen, so liegt ebenfalls in Wirklichkeit Erfüllung des Mietvertrages, nicht Aufrechnung vor. Daß gegen den Besitzanspruch keine Aufrechnung stattfinden kann, ist gleichfalls einleuchtend.[1])

2. Sodann ist die Aufrechnung eines Anspruchs zu betrachten, der die Leistung aus einer Sache zum Inhalte hat. In erster Linie ist hier die Hypothek und das Pfandrecht zu erörtern. Von einer Aufrechnung des dinglichen Anspruchs kann hier aber nur dann die Rede sein, wenn Eigentum und persönliche Schuld auseinanderfallen. Trifft Eigentum und persönliche Schuld in derselben Person zusammen, so kann der Hypotheken- und Pfandgläubiger gegen den Eigentümer aufrechnen, denn diesesfalls liegt nur eine Aufrechnung der persönlichen Forderung vor, zu deren Sicherheit die Hypothek bezw. das Pfand als Akzessorium haftet. Dasselbe gilt, wenn ein ursprünglich nicht persönlich haftender Eigentümer bei dem Erwerbe des Grundstücks die persönliche Schuld als Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, was im Fall des § 416 BGB. zutrifft.

Fällt Eigentum und persönliche Schuld auseinander, so ist dem Hypothekar und Pfandgläubiger das Aufrechnungsrecht sowohl hinsichtlich des Kapitals wie der Zinsen nicht gegeben.[2]) Es geht dieses aus den §§ 1142 und 1224 unzweideutig hervor, welche nur dem Eigentümer das Recht gewähren, gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen, aber keine Pflicht desselben statuieren, sich Kompensation durch den Hypothekar und Pfandgläubiger gefallen zu lassen. Diesen ist in den genannten Bestimmungen das Recht zur Aufrechnung versagt. Die gegenteilige Auffassung würde unbillig sein und der Rechtslogik aufs schärfste widersprechen. Nach dem klaren Wortlaute der §§ 1113 und 1204 gibt das dingliche Recht dem Gläubiger nur die Befugnis, seine Befriedigung „aus dem Grundstücke", „aus der verpfändeten Sache", zu suchen. Im Aufrechnungsfalle würde er aber seine Befriedigung aus dem persönlichen Vermögen des Eigentümers nehmen, und somit eine ihm außerhalb des dinglichen Rechtes nicht verstattete, widerrechtliche Selbsthilfe vornehmen. Das Gesetz versagt ihm aber ausdrücklich diese doppelte Befriedigungsmöglichkeit. Es ist daher verfehlt, wenn Endemann die Unzulässigkeit der Aufrechnung des dinglichen Anspruchs aus dem Mangel der Gegenseitigkeit der Forderungen herleitet,[3]) oder wenn Neumann[4]) sie auf den Mangel der Gleichartigkeit zurückführt. Wäre dieses der Fall, so ließe sich nicht absehen, warum trotz dieses Mangels umgekehrt der Eigentümer als solcher gegenüber dem Hypothekengläubiger zur Aufrechnung befugt ist.

Das von der Hypothek Gesagte muß auch Anwendung finden für die Grundschuld und die Ablösungssumme der Rentenschuld, auf die der Gläubiger infolge Kündigung des Eigentümers oder nach § 1113 Anspruch hat; denn auf diese sollen gemäß der §§ 1192 und 1207 die über die Hypothek geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Wenn aber

---

[1]) vgl. Siber a. a. O. S. 83.
[2]) Endemann II S. 498 Anm. 13; Siber S. 86.
[3]) Endemann Bd. 2 a. a. O.; Geib bei Busch Bd. 26 S. 117.
[4]) Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1 S. 562 II, 2.

sogar bei der Hypothek, die das Bestehen einer Forderung begrifflich voraussetzt, eine Aufrechnung des dinglichen Anspruchs ausgeschlossen ist, so muß dieses um so mehr da der Fall sein, wo eine persönliche Schuld überhaupt nicht vorzuliegen braucht. Aus demselben Grunde ist auch die Aufrechnung von Grundschuldzinsen sowie von den einzelnen Rentenschuld- und Realleistungen als unzulässig zu erachten, wenn Eigentum und persönliche Schuld nicht zusammentreffen. Das beim Zusammenfallen von Eigentum und persönlicher Schuld der Gläubiger mit dem Anspruche auf Hypothekenzinsen aufrechnen kann, ist nach den obigen Ausführungen selbstverständlich.

3. Dahingegen gewähren die §§ 1142 und 1224 dem Eigentümer bezw. Verpfänder das Recht, gegen den dinglichen Anspruch des Hypotheken- und Pfandgläubigers aufzurechnen. Diese Vorschriften können aber nur für den Fall Anwendung finden, wo Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht dieselben Personen sind, denn anderenfalls hätte es dieser Bestimmung gar nicht bedurft, da der persönliche Schuldner jederzeit nach § 387 zur Aufrechnung befugt ist.

Da nach den §§ 1192 und 1200 für das Grundschuldkapital und die Ablösungssumme der Rentenschuld die Vorschriften über Hypotheken entsprechende Anwendung finden sollen, so muß angenommen werden, daß der Eigentümer auch gegen den dinglichen Anspruch auf Zahlung des Grundstückskapitals und der Ablösungssumme aufrechnen kann. Der § 1192 schließt die Anwendung einer die Hypothek betreffenden Vorschrift für die Grundschuld nur dann aus, wenn „sich daraus ein anderes ergibt“, daß die Grundschuld sich als ein selbständiges, mit einer Forderung nicht verknüpftes Recht darstellt.

Da nun dem nicht persönlich haftenden Eigentümer das Recht zur Aufrechnung dem Hypothekenkapital gegenüber beigelegt ist, so kann die Anwendung des § 1142 für die Grundschuld wohl nicht bezweifelt werden.

Der Eigentümer kann nicht nur dem Kapital, sondern auch dem Anspruche auf Hypothekenzinsen gegenüber aufrechnen. Der § 1158, der von den Hypothekenzinsen handelt, setzt die Aufrechnung nach § 1142 ausdrücklich voraus, insbesondere statuiert er auch hinsichtlich der Hypothekenzinsen die Anwendung des die Aufrechnung behandelnden § 406. Für Grundschuld- und Rentenschuldzinsen müssen dieselben Grundsätze Platz greifen, da sie, wie bereits hervorgehoben, den Hypothekenzinsen gleich behandelt werden sollen.

Die Reallast kommt in diesem Zusammenhange nur in Frage, wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind. Da nach § 1108 der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen persönlich haftet, so liegt im Regelfalle in der Kompensation des Eigentümers wie beim persönlich haftenden Hypothekenschuldner eine Aufrechnung gegen einen persönlichen Anspruch, also der normale Fall des § 387 vor. Eigentum und persönliche Schuld fällt hier nur dann auseinander, „wenn nicht ein anderes bestimmt ist“ (§ 1108). Bei der Bestellung einer Reallast dürfte dieser Fall wohl kaum vorkommen. Immerhin ist aber möglich, daß nachträglich ein Dritter die persönliche Schuld übernimmt, ohne gleichzeitig das Eigentum an dem Grundstücke zu erwerben (§ 414). Nimmt in diesem Falle der Eigentümer gegen den Berechtigten eine Aufrechnung vor, so ist in Wahrheit eine Aufrechnung gegen einen dinglichen Anspruch gegeben.

Befriedigt der nur dinglich haftende Eigentümer den Gläubiger durch Aufrechnung, so geht bei der Hypothek (§ 1143 Abs. 1), der Reallast (§ 1107) und dem Pfandrechte (§ 1225) kraft cessio legis die Forderung auf ihn über. Bei der Hypothek und Reallast erwirbt er außerdem kraft Gesetzes das dingliche Recht als ein die Forderung verstärkendes Nebenrecht hinsichtlich des Kapitals sowie der noch nicht fälligen Zinsen und anderweitigen Neben- und Einzelleistungen (§§ 1178 Abs. 1, 1107); dahingegen geht das dingliche Recht hinsichtlich der fälligen Zinsen unter, im übrigen geht das dingliche Recht in Gestalt einer forderungsbekleideten Eigentümerhypothek auf ihn über. Die Aufrechnung des Eigentümers gegenüber der Grundschuld und der Ablösungssumme bei der Rentenschuld hat den Übergang des ding-

lichen Rechtes bezüglich des Kapitals, sowie der Zinsen und Einzelleistungen während der Dauer einer Zwangsverwaltung zur Folge (§§ 1192, 1200 i. V. m. 1192, 1197 Abs. 2). Bei der Aufrechnung dem Pfandgläubiger gegenüber geht das dingliche Recht unter (§§ 1256 i. V. m. 1250).

4. In diesem Zusammenhang gehören auch die Fälle des sogen. Ablösungsrechts. Es kann unter Umständen auch ein Dritter, der nicht Eigentümer der belasteten Sache ist, aufrechnen. Es trifft dieses zu für das aus dem römischen Recht übernommene und im § 268 BGB. erweiterte sogen. jus offerendi, inhaltsdessen jeder, der Gefahr läuft, bei der Zwangsvollstreckung in die Sache ein an derselben bestehendes Recht oder deren Besitz zu verlieren, berechtigt ist, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen. Es ist dies ein eigenes, selbständiges Recht des Dritten, das sog. Ablösungsrecht, dem gegenüber ein Widerspruch des Schuldners im Gegensatze zu § 267 völlig belanglos ist. Da der Verlust des dinglichen Rechtes, einerlei ob es an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache besteht, nur durch Verkauf des Zwangsvollstreckungsgegenstandes eintritt, so folgt daraus, daß das Befriedigungsrecht des Dritten erst im Falle des Verkaufs, nicht aber schon für den Fall der Zwangsverwaltung oder der Eintragung einer Sicherungshypothek entsteht. Weiterhin gehen auch nicht alle dinglichen Rechte unter, es bleiben z. B. bei der Zwangsversteigerung die in das geringste Gebot fallenden, d. h. alle dem Rechte des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers im Range vorhergehenden Rechte bestehen, ebenso sind Überbau- und Notwegrenten gesichert (§§ 912, 914, 917; ZVG. § 52, 2), desgleichen geht beim Pfandverkauf ein solches Nießbrauchrecht nicht unter, das allen Pfandrechten im Range vorgeht (§§ 1242 Abs. 2 Satz 2, 1208 und 1209). Demgemäß steht in erster Linie auf Grund von § 268 nur dem nachfolgenden und gleichstehenden dinglich Berechtigten ein Recht zu, den Gläubiger zu befriedigen; die vorhergehenden sind ja auch keiner Beeinträchtigung ihres Rechtes ausgesetzt, wenngleich auch diese zur Ablösung befugt sind (§§ 44, 49, 52, 59, 91, 155 und 162 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung vom 24. 3. 1897; §§ 1242, 1257, 1273 BGB.).[1])

Da auch die Gefahr des Besitzverlustes — sowohl des unmittelbaren wie mittelbaren (§§ 854, 868 BGB.) — das Aufrechnungsrecht gewährt, so können insbesondere auch obligatorisch Berechtigte, falls sie im Besitze der Sache sind,[2]) dem Gläubiger gegenüber die Aufrechnung erklären. Das Recht hat namentlich der Mieter, Pächter und Kommodatar. Der Besitzer kann von dem Befriedigungsrecht schon Gebrauch machen, wenn die Zwangsvollstreckung nur auf Zwangsverwaltung gerichtet ist, da auch diese schon eine Beeinträchtigung des Besitzes herbeiführt. Steht dem Besitzer ein Vorzugsrecht zur Seite, so ist er durch § 805 ZPO. schon hinreichend geschützt, ohne daß er noch durch Aufrechnung dem Gläubiger befriedigt. In diesen Fällen liegt aber nicht etwa, wie Siber anscheinend annimmt, eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch vor,[3]) sondern gegen die persönliche Forderung, zu deren Realisierung der Gläubiger das durch die Zwangsvollstreckung ihm geschaffene dingliche Recht durchführen will.[4])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun von dem im § 286 allgemein ausgesprochenen Prinzip zwei wichtige Anwendungsfälle aufgestellt in den §§ 1150 und 1249. Nach § 1150 kann jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein dingliches Recht an dem belasteten Grundstücke oder dessen Besitz zu verlieren, den Gläubiger — also sowohl Hypothekengläubiger als auch Rentenschuld-, Grundschuld-oder Reallastberechtigten (§§ 1192, 1200, 1107) — durch Aufrechnung zu befriedigen, „wenn der betreffende Gläubiger die Befriedigung aus dem

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 76.

[2]) Sind sie nicht im Besitze, so steht ihnen das Recht zur Aufrechnung nicht zu. Planck § 268; a. A. Oertmann, der § 265 für jeden obligatorisch Berechtigten anwendet.

[3]) Siber S. 86.

[4]) In welcher Weise das dingliche Recht begründet wird, richtet sich nach § 804 ZPO.

Grundstücke verlangt." Die Aufrechnungsbefugnis ist hier demnach schon gegeben, wenn ein Akt der Zwangsvollstreckung überhaupt noch nicht vorgenommen ist. Die Zwangsvollstreckung selbst begründet diesesfalls aber nicht erst ein dingliches Recht, sondern bringt das schon bestehende lediglich zur Durchführung. Der § 1249 endlich gewährt demjenigen, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde, die Aufrechnungsbefugnis, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch ist in den erörterten Fällen, wie bereits mehrfach betont, aber nur beim Auseinanderfallen von Eigentum und persönlicher Schuld gegeben. Daß der Gläubiger gegen den Dritten nicht zur Aufrechnung befugt ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Wie oben der Eigentümer, so erwirbt hier der Dritte im Aufrechnungsfalle die Forderung und das dingliche Recht, und nur da, wo eine persönliche Schuld nicht vorausgesetzt wird, geht allein das dingliche Recht Recht auf den kompensierenden Dritten über.

Wie diese Fälle juristisch zu konstruiereu sind, darüber herrscht in der Wissenschaft keine Einstimmigkeit.

Bei den zu § 268 erörterten Fällen erblickt Planck und Endemann[1]) in der Aufrechnungsbefugnis des Dritten ein besonderes, selbständiges Recht zur Leistung, „um die Forderung zu erwerben", ein dem Dritten eingeräumtes „Recht der Enteignung".

Bei dieser Auffassung wird in Wirklichkeit die Forderung dem Gläubiger abgekauft, zu welchem Kaufe ausnahmsweise die Zustimmung des Gläubigers nicht vorzuliegen braucht. Hierfür ließe sich allenfalls noch eine Erklärung finden; man denke z. B. auch an das gesetzliche Vorkaufsrecht, das gleichfalls gegen den Willen des Gegners ausgeübt werden kann. Bei der Aufrechnung würde dann gegen die Kaufpreisforderung eine andere Forderung kompensiert werden.

Diese Konstruktion ist aber äußerst bedenklicher Natur. Wird dem Gläubiger ein Recht abgekauft, so muß der Kompensat als Verkäufer dafür einstehen, daß der durch seine Befriedigung zu erwerbende Anspruch auch besteht (§ 438 Abs. 1). Im Falle des Nichtbestehens würde dem Aufrechnenden die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatzforderung offen stehen. Es würde aber ungerecht sein, dem unter einem gesetzlichen Drucke stehenden Verkäufer hier eine solche noch über die Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung hinausgehende Haftung aufzubürden.

Jene Unzuträglichkeiten müßten insbesondere da hervortreten, wo von vornherein eine persönliche Forderung überhaupt nicht besteht. Denken wir z. B. an den Fall, wo ein Hypothekengläubiger den Gläubiger einer Grundschuld durch Aufrechnung befriedigt. Oder es rechnet jemand gegen rückständige Grundschuldzinsen, sowie einzelne Renten- und Realleistungen auf, wo ebenfalls kein Recht auf ihn übergeht § 1192 Abs. 2; 1200, 1107 und 1178 Abs. 1. An einem Kaufobjekte muß aber doch auch selbst beim Zwangskaufe festgehalten werden, da andernfalls nicht mehr von einem Kaufe gesprochen werden kann. Aus demselben Grunde ist die Konstruktion auch da nicht anwendbar, wo persönliche Forderung und dingliches Recht auseinanderfallen.

Die von Planck vorgeschlagene Lösung kann also nicht die richtige sein, da sie nicht für alle in Rede stehenden Fälle Anwendung finden kann. Eine andere Beantwortung gibt Siber dieser Frage, der alle Fälle auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführt, welchen Weg auch Matthiaß einschlägt.[2]) Siber geht davon aus, das dingliche Recht gebe dem Gläubiger nur die Befugnis, zu seiner Befriedigung dem Grundstücke „im Wege der Zwangsversteigerung Werte zu entnehmen"; er könne also von dem Eigentümer durch freiwillige Zahlung ganz ebenso wie durch Aufrechnung nicht befriedigt werden; eine etwaige Zahlung „wende nur die Erzwingung der Leistung aus der Sache ab". Zur Abwendung dieser

[1]) Endemann S. 612; Planck a. a. O. § 268 Anm. 1 und 6.
[2]) Matthiaß a. a. O. S. 434 f.

Befriedigung gebe ihm das Gesetz ein selbständiges Recht und gestatte ihm hierzu auch die Aufrechnung.

Siber geht bei diesem Lösungsversuche von einer irrigen Vorstellung aus, indem er meint, es sei keine Schuld ohne persönliche Haftung denkbar und es könne folgerichtig auch da von keiner Befriedigung die Rede sein, wo eine persönliche Schuld nicht bestehe.[1] Bei der Grundschuld aber geht schon aus der technischen Bezeichnung des Rechtsinstituts klar hervor, daß der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks Schuldner der im Grundbuch eingetragenen Summe ist. Daß die Haftung des Eigentümers nur eine sachliche, nicht auch eine persönliche ist und die Durchführung des Grundschuldsanspruchs gegen ihn als Eigentümer des Grundstücks gerichtet und nur das Grundstück das Zwangsobjekt ist, verschlägt hierbei nichts. Wenn also der Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks „schuldet", so kann von der zwecks Tilgung dieser Schuld vorgenommenen Leistung nicht gesagt werden, sie liege außerhalb seiner Verpflichtung und enthalte ein aliud. Was von der Grundschuld gesagt ist, gilt auch von der Zahlungspflicht von Grundschuld- und Rentenschuldzinsen, der Ablösungssumme der Rentenschuld und den einzelnen Realleistungen.

Die Hypothek anlangend, meint Geib,[2] könne auch hier das Bestehen einer Schuld des nicht persönlich haftenden Eigentümers nicht in Abrede gestellt werden. Er schließt dieses aus dem Umstande, daß, um die Fälligkeit der Hypothek herbeizuführen', dem Eigentümer gegenüber gekündigt werden müsse (§ 1141) und dieser möglicherweise in Verzug geraten könne (§ 1146), was beweise, daß er nicht nur zahlen solle, sondern hierzu auch verpflichtet sei. U. E. verfolgt jedoch die Notwendigkeit der Kündigung dem Eigentümer gegenüber in erster Linie den Zweck, diesem die Möglichkeit zu geben, von dem ihm nach § 1142 zustehenden Rechte Gebrauch zu machen; auch aus der Tatsache, daß die §§ 592, 688, 794 Ziff. 5 ZPO. den Hypothekenanspruch als einen auf „Zahlung" gerichteten „Anspruch" bezeichnen, darf nicht allzuviel geschlossen werden, handelt es sich doch hier um eine Zahlung „aus dem Grundstücke," welche der Eigentümer nicht ohne weiteres vornehmen soll, sondern die er wegen des dem Gläubiger zustehenden dinglichen Rechts dulden muß. Das Bürgerliche Gesetzbuch hält jedoch angesichts der bezogenen Bestimmungen an der Geibschen Auffassung fest, bestimmt es doch in § 1143 ausdrücklich, daß der Eigentümer den Gläubiger" „befriedigen" kann, was auf eine Schuld desselben hinweist.

Hiernach ist die Sibersche Auffassung für diese Fälle nicht anwendbar, vielmehr muß hier eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch angenommen werden.[3]

Dieselben Grundsätze müssen auch für den Eigentümer der verpfändeten beweglichen Sache zur Anwendung kommen. Auch von dem Verpfänder muß gesagt werden, er soll leisten, und falls er leistet, kommt er einer Verbindlichkeit nach. Dieses wird von Schlichting[4]) im Gegensatz zu Geib ohne triftige Gründe geleugnet. Er verweist zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung auf den Wortlaut der §§ 1113 und 1204. Während hiernach bei der Hypothek eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu „zahlen" sei, könne bei der Verpfändung einer beweglichen Sache der Pfandgläubiger „seine Befriedigung aus der Pfandsache suchen." Der § 1204 spreche also nicht von einer Verpflichtung des Verpfänders, etwas aus der Sache zu leisten. In Wirklichkeit ist aber die Gestaltung des dinglichen Rechtes bei beiden Instituten dieselbe; der Eigentümer ist in dem einen wie in dem anderen Falle nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand verpflichtet. Daß diese Duldung bei der Hypothek im Gegensatze zum Pfand noch besonders — durch Klage — erzwungen werden muß, hat durchaus nichts Auffälliges und folgt aus der Art der Bestellung des dinglichen Rechtes. Der Pfandgläubiger kann als tatsächlicher Gewalthaber

---

[1]) Geib bei Busch Bd. 26 S. 116.

[2]) Geib a. a. O.

[3]) So auch Lang a. a. O. S. 2.

[4]) Schlichting, Die Aufrechnung nach dem BGB. S. 26.

über die Sache verfügen, der Hypothekar ist hierzu nicht ohne weiteres imstande, weil er eben den Besitz nicht hat. Wenn aber der Pfandgläubiger dem Eigentümer den Verkauf der Pfandsache androhen muß (§ 1234), so hat diese Androhung denselben Zweck wie die im § 1141 dem Hypothekar auferlegte Kündigung, nämlich den Eigentümer daran zu erinnern, daß er nunmehr den Gläubiger nicht nur befriedigen darf, sondern befriedigen soll. Wenn außerdem auch §§ 1224 und 268 ausdrücklich bestimmen, daß die Befriedigung des Pfandgläubigers auch durch Aufrechnung erfolgen könne, so ist es immerhin bedenklich, mit Siber nur eine Abwendung der Befriedigung durch eine andere Leistung, nicht aber eine wirkliche Befriedigung anzunehmen. Es ist demnach auch für den § 1224 daran festzuhalten, daß hier eine Aufrechnung gegen einen dinglichen Anspruch vorliegt.

Für den § 268 kann die Sibersche Konstruktion schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil hier nur eine Aufrechnung gegen einen persönlichen Anspruch vorliegt, dessen Realisierung durch das dingliche Recht herbeigeführt wenden soll.[1] Der § 268 enthält sonach nur eine Ausnahme von dem im § 387 aufgestellten Grundsatze, daß nur gegenseitige Forderungen zur Aufrechnung verwandt werden können, und gibt jedem interessierten Dritten, der den Verlust eines dinglichen Rechtes oder den Besitz an der Sache befürchten muß, das Recht, die Forderung des Gläubigers gegen seinen Schuldner mit einer gegen diesen gerichteten Forderung zu tilgen. Wenn aber, von § 268 abgesehen, in den Ablösungsfällen eine persönliche Schuld nicht in Frage kommt, so müssen die über Grundschuld bezw. den nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümer erörterten Grundsätze hier entsprechend angewandt werden, sodaß gleichfalls eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch angenommen werden muß.

Daß in den Ablösungsfällen von einer Verpflichtung des Dritten, an Stelle des Schuldners zu leisten, nicht gesprochen werden kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

§ 4.

Die Gegenseitigkeit der Forderungen.

Die weitere Voraussetzung der Aufrechnung ist in subjektiver Beziehung die Gegenseitigkeit der Forderungen. Der § 387 drückt dieses Erfordernis aus: „Jeder Teil" kann aufrechnen, wenn zwei Personen „einander" Leistungen schulden. Es folgt hieraus, daß nur mit einer eigenen Forderung gegen eine eigene Schuld aufgerechnet werden kann, und daß der Gläubiger der eigenen Schuld und der Schuldner der eigenen Forderung identisch sein muß.

I. Eine eigene Forderung.

Wie niemand eine fremde Forderung einziehen kann, so ist er auch nicht befugt, mit einer fremden Forderung aufzurechnen, denn die Aufrechnung charakterisiert sich als eine Verfügung über die Forderung und setzt daher im Einzelfalle die Verfügungsgewalt über dieselbe voraus. Selbst wenn die Einwilligung des Dritten, seine Forderung zur Kompensation zu verwenden, vorliegt, bleibt sie trotzdem zur Aufrechnung ungeeignet[2]); denn das Recht zur Aufrechnung ist eine von der Forderung ausgehende und von ihr unzertrennliche Befugnis in dem Sinne, daß eine Übertragung des Aufrechnungsrechtes nicht stattfinden kann, wenn nicht auch die Forderung selbst förmlich abgetreten wird. Die gegenteilige von Kohler[3]) und

---

[1]) Geib a. a. O. S. 116.

[2]) So für das frühere Recht: RG. Bd. 10 S. 149; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 454 Anm. 17; Eisele S. 286; Hausloh, Die Aufrechnung mit Forderungen Dritter; Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 379.

[3]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 44.

Neumann[1]) vertretene Auffassung ist unhaltbar. Der § 185, wonach eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam wird, falls der Berechtigte zustimmt, kann für die Aufrechnung keine Anwendung finden. Es kann sonach ein Gesellschafter gegen die Forderung seines persönlichen Gläubigers nicht eine Forderung der Gesellschaft zur Aufrechnung stellen, auch wenn die übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung geben. Erst wenn die Forderung aus dem Vermögen der Gesellschaft bezw. der übrigen Gesellschafter ausgeschieden und ihm abgetreten ist, kann er sie zur Aufrechnung verwenden.[2])

Daß die aufzurechnende Forderung auch materiell eine eigene ist, ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn sie dem Aufrechnenden formell gehört. Es steht demnach nichts im Wege, daß der bloß fiduziarisch Berechtigte die ihm nur zur Einziehung überwiesene Forderung auch aufrechnet, selbst wenn er dadurch dem Auftraggeber gegenüber seine Pflicht verletzt. Dasselbe muß vom Kommissionär gelten, wenngleich seine Forderung dazu bestimmt ist, dem Vermögen des Kommittenten einverleibt zu werden.[3])

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

1. In Übereinstimmung mit den Motiven[4]) muß für das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatze zu dem römischen Rechte[5]) angenommen werden, daß der Bürge nicht mit Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen kann, was Cosack,[6]) der in der Aufrechnungsbefugnis eine „Einrede" erblickte, in Anwendung des § 768 für das Bürgerliche Gesetzbuch anfänglich leugnete, inzwischen aber auch zugegeben hat. Es muß dieser Standpunkt mit Notwendigkeit aus § 772 Abs. 2 gefolgert werden, welcher dem Bürgen nur das Recht gewährt, die Befriedigung des Gläubigers solange zu verweigern, als dieser sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

Diese Vorschrift folgt aus dem Wesen und Zwecke des Bürgschaftsinstituts. Der Bürge soll dem Gläubiger nur Sicherheit bieten für den Fall, daß das Vermögen des Schuldners zu seiner Deckung nicht ausreicht. Der Gläubiger muß daher gehalten sein, erst alle gesetzlich zulässigen Maßregeln anzuwenden, um aus dem schuldnerischen Vermögen seine Befriedigung zu erhalten. Da nun auch in der Aufrechnung ein Befriedigungsmittel des Gläubigers erblickt werden muß,[7]) so muß er sich zunächst auch dieses Mittels bedienen und erst, wenn dieses Mittel zu einer Befriedigung nicht oder nicht völlig ausreicht, kann der Bürge in Anspruch genommen werden. Wenn hiernach der Bürge gegen eine vorzeitige Inanspruchnahme durch die dilatorische Einrede des § 770 Abs. 2 hinreichend geschützt ist, so ist nicht abzusehen, warum ihm außerdem noch die Aufrechnungsbefugnis mit Forderungen des Hauptschuldners gegeben werden sollte.[8])

---

[1]) Neumann Handausg. § 380 Anm. 2.

[2]) Dresden 10. 10. 1902 Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 25.

[3]) Hausloh a. a. O. S. 25; Weigelin a. a. O. S. 70; a. A. Lang a. a. O. S. 19.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 663.

[5]) Hier war dem Bürgen die Aufrechnung gestattet; vgl. l. 16 D. 16, 2; Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 324 ff., 457 ff.; Eisele S. 297 ff.

[6]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. 1. Aufl. Bd. 1 S. 566 und 2. Aufl. Bd. 1 S. 572.

[7]) vgl. unten S. 128 ff.

[8]) vgl. Kohler bei Busch Bd. 20 S. 74, Bd. 24 S. 12; Lippmann, Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 228; Siber S. 100, 130, 138 ff. Jenes Einrederecht steht dem Bürgen aber auch dann zur Seite, wenn er selbstschuldnerisch haftet, insbesondere also, wenn er auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (Oertmann § 770 Anm. 4; Lippmann a. a. O. S. 229; Bd. 43 S. 555 Note 125), denn hierdurch wird der Gläubiger nur von der Verpflichtung entbunden, vor der Inanspruchnahme des Bürgen die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners zu nehmen; von der Verpflichtung aber, sich zuvor durch Aufrechnung zu befriedigen, wird er nicht befreit. Es ist aber nicht erforderlich, daß auch der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt sein muß, wie Weismann annimmt (S. 41 ff.), der dem Bürgen demgemäß insbesondere dann die Einrede versagt, wenn der Hauptschuldner

Wohl aber steht dem Bürgen das Recht zu, seine eigene, nämlich die Bürgschaftsschuld, durch Aufrechnung mit einer eigenen gegen den Gläubiger gerichteten Forderung zu tilgen, da hier dem Erfordernis der Gegenseitigkeit genügt ist; und zwar ist er hierzu auch gegen den Willen des Gläubigers befugt.[1]) Ist der Gläubiger in Konkurs geraten, so besitzt der Bürge unter der erwähnten Voraussetzung die Aufrechnungsbefugnis auch gegenüber dem Konkursverwalter, selbst wenn er von diesem nicht in Anspruch genommen ist.[2]) Die für den Bürgen erörterten Grundsätze finden auch Anwendung auf den nicht persönlich haftenden Eigentümer gegenüber dem Hypothekar und Pfandgläubiger. Auch ihm ist das Recht versagt, mit einer dem persönlich haftenden Schuldner gehörigen Forderung zu kompensieren; wohl aber ist er wie auch der Bürge befugt, die Leistung zu verweigern, solange der Gläubiger in der Lage ist, sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners zu befriedigen (§§ 1137, 1211).

2. Kraft positiver Bestimmung des § 417 Abs. 2 kann bei der Schuldübernahme der Übernehmer nicht mit einer Forderung aufrechnen, die dem ursprünglichen Schuldner gegen den Gläubiger zusteht, wenn die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer mit Einwilligung des Gläubigers erfolgte (private Schuldübernahme). Denn es ist nicht anzunehmen, daß der alte Schuldner, der seine Schuld auf den neuen Schuldner abwirft, diesem auch die Verwendung einer ihm zustehenden Forderung zur Kompensation hat gestatten wollen. Andererseits ist aber auch dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, dem Schuldübernehmer gegenüber mit Forderungen zu kompensieren, die er gegen den ursprünglichen Schuldner hat; dieses Recht hat er dadurch verloren, daß er seine Einwilligung zu der Schuldübernahme erteilte.[3])

Wie sich die Aufrechnungsbefugnis bei der kumulativen Schuldübernahme gestaltet, geht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht hervor, weil es dieses Rechtsinstitut überhaupt nicht erwähnt. Ein kumulatives Schuldübernahmeverhältnis wird dann begründet, wenn neben den ursprünglichen Schuldner ein zweiter tritt, der gleichfalls dessen persönliche Schuld übernimmt, ohne daß der frühere Schuldner aus der persönlichen Schuldhaft ausscheidet. Daß diese Art der Schuldübernahme unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches noch vorkommen kann, muß aus der im Bürgerlichen Gesetzbuche allgemein anerkannten Vertragsfreiheit gefolgert werden. Ihre Zulässigkeit wird auch in Theorie und Praxis einmütig anerkannt.[4])

---

seine Forderung abgetreten hat. W. gerät aber in einen erheblichen Konflikt mit dem Wortlaut des Gesetzes, muß er doch selbst zugestehen, „daß er über dessen Wortlaut hinausgeht". Dem Bürgen steht aber das Einrederecht nicht zu, wenn nur der Hauptschuldner, nicht aber auch der Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist; vgl. hierüber Cosack 2. Aufl. Bd. 1 S. 572; a. A. nur Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 351.

[1]) RG. Bd. 7 S. 403 vom 7. 9. 1903; Recht 7 S. 249; Kohler bei Busch Bd. 24 S. 7. Wenn Sievers (Recht 1903 S. 249) den Standpunkt des RG. unter Hinweis auf § 774 und die §§ 268, 1142, 1223 Abs. 2, 1249 bekämpft, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Denn erstens wird der Gläubiger gar nicht benachteiligt, er erlangt vielmehr volle Befriedigung durch die Aufrechnung. Zweitens können die Fälle, in denen einem Dritten ein selbständiges Recht zur Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung eingeräumt wird, nicht herangezogen werden, weil in diesen Fällen gar keine eigene Schuld besteht, die getilgt wird, sondern nur eine fremde Schuld vorhanden ist. In unserem Falle bringt aber der Bürge seine eigene Schuld zum Erlöschen. Gegen Sievers auch Conrades im Recht 1903 S. 308.

[2]) Dresden 3. 6. 1902, Annalen des OLG. Dresden Bd. 24 S. 266.

[3]) Siber S. 101; für das gemeine Recht mit Abweichungen Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 455 Anm. 21 a. E.; Eisele 314.

[4]) RG. Bd. 51 S. 121; JurW. 1902 Beil. S. 221; v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 390ff.; Regelsberger ebenda S. 464; Horn, Schuldübernahme S. 68; Tränkner, Sächs. Archiv Bd. 7 S. 593ff; Stammler, Schuldverhältnisse S. 206f.; das RG. in der zitierten Entscheidung meint, es liege in der kumulativen Schuldübernahme ein Geschäft ganz anderer Art vor, als im Falle des § 414, das seiner materiellen Wirkung nach die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft habe. Darum seien auch

Die rechtliche Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme ist u. E. dieselbe, wie diejenige der Gesamtschuldnerschaft; es müssen deswegen hinsichtlich der Aufrechnungsbefugnis des hinzutretenden Schuldners die unter Nr. 3 zu erörternden Grundsätze Platz greifen. Der Standpunkt des Reichsgerichts, das in ihr eine Abart der selbstschuldnerischen Bürgschaft erblickt, erscheint mit Rücksicht auf den Umstand als wenig annehmbar, daß bei der kumulativen Schuldübernahme dem Zahlenden kein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner zusteht, wie es bei der Bürgschaft der Fall ist.[1])

Dieses müßte aber auch dem Schuldübernehmer zuerkannt werden, wenn der reichsgerichtliche Standpunkt der richtige wäre. Ein solches Rückgriffsrecht wird aber nach dem Parteiwillen regelmäßig als ausgeschlossen gelten müssen.

3. Im Gegensatze zum römischen Recht,[2]) daß dem Korrealschuldner unter Umständen — sofern er nämlich bei Bezahlung der Schuld gegen den Genossen regreßberechtigt war, insbesondere also, wenn er zu ihm in einem Sozietätsverhältnisse stand — die Aufrechnung mit einer einem anderen correus zustehenden Forderung gestattete, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche dem Gesamtschuldner dieses Recht nicht eingeräumt. Auch kann er im Gegensatze zum Bürgen der Klage des Gläubigers gegenüber nicht die dilatorische Einrede aus § 770 Abs. 2 entgegenhalten, daß er sich zunächst durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung eines anderen Gesamtschuldners Befriedigung verschaffen solle.[3])

4. Ein Gesellschafter kann einer Gesellschaftsforderung gegenüber nicht mit einer Forderung kompensieren, die ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zusteht. Dahingegen steht ihm das Aufrechnungsrecht mit einer an die Gesellschaft gerichteten Forderung zu.

5. Wer als Vertreter auftritt, gilt dem Gläubiger gegenüber als Dritter und kann darum nur mit Forderungen des Vertretenen aufrechnen. Seine eigene Schuld kann er durch Aufrechnung mit einer Forderung des Vertretenen nicht tilgen, selbst nicht mit dessen Einverständnis,[4]) es sei denn, daß sie ihm formell abgetreten ist, in welchem Falle die S. 28 f. erörterten Grundsätze Anwendung finden. Ein Vertreter, der gemäß § 181 unter der dort angegebenen Voraussetzung mit sich selbst in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen kann, kann nicht mit sich die Abtretung vornehmeu, um die Forderung zur Kompensation für sich geeignet zu machen; denn die Abtretung einer Forderung ist im Regelfalle kein in der „Erfüllung einer Verbindlichkeit" bestehendes Rechtsgeschäft. Die Abtretung kann er nur mit sich vornehmen, wenn er hierzu besonders bevollmächtigt ist.[5]) Daß ein indirekter Stellvertreter nicht Forderungen des Vertretenen zwecks Aufrechnung geltend machen kann, ist gleichfalls einleuchtend.

Die Aufrechnung auf Grund eines besonderen Verwaltungsrechts ist keine Ausnahme von dem Satze, daß nur gegenseitige Forderungen kompensiert werden können. Es liegt in

---

für diese Art der Schuldübernahme die legislativen Erwägungen des § 766 zutreffend und diese demnach nur gültig, wenn sie schriftlich erfolgt sei. Ließe man mündlichen Abschluß zu, so könne der § 766 mit Leichtigkeit umgangen werden; ebenso OLG. Rostock Bd. 6 S. 449 und bayr. OLG. 30. 3. 1904, Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 284; a. A. das OLG. Celle, Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 57; und OLG. Naumburg AR. 1903 S. 88, das die Schriftform nicht für erforderlich hält. Für die Schriftlichkeit treten weiter ein Birkenbihl und Hellbach im Recht 1903 S. 286, 287, 335, während David, Recht 1903 S. 356 und Josef, DJZ. 1903 S. 422 sie nicht für erforderlich halten; ebenso Staub, daselbst S. 19; Silbermann, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1903 S. 365 ff.

[1]) vgl. Lippmann, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 327 f.

[2]) vgl. l. 10 D. 45, 2; ferner Windscheid Bd. 2 S. 455 Anm. 19; Eisele S. 300. Selbstverständlich reichte aber das Kompensationsrecht nicht weiter als das Regreßrecht. Die Gegenforderung des correus socius konnte nur zu dem Betrage kompensiert werden, zu dem derselbe den beklagten Sozius gegenüber zur Tilgung der Korrealschuld verpflichtet war.

[3]) Schollmeyer zu § 422 Anm. 1d.

[4]) s. oben S. 28.

[5]) Hausloh a. a. O. S. 25 ff.

einem solchen Falle vielmehr die Ausübung eines fremden Aufrechnungsrechtes vor, die Aufrechnung einer fremden Forderung gegen eine fremde Schuld. In Betracht kommt hier der Konkursverwalter (§ 6 KO.), der Masseforderungen, d. h. Forderungen der Gläubigerschaft gegen Masseschulden kompensieren kann und der Ehemann, der im gesetzlichen Güterrechte gemäß § 1376 Abs. 2 befugt ist, Forderungen der Frau gegen solche Schulden der Frau aufzurechnen, deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gute begehrt werden kann. Daß im letzteren Falle, wie Hellwig meint,[1]) das Aufrechnungsrecht auf dem dem Manne zustehenden Nutznießungsrechte an dem eingebrachten Gute der Frau begründet sein soll, erscheint angesichts der §§ 1375 und 1376 wenig einleuchtend.

6. Durch das Recht, eine Forderung „einzuziehen", wird in der Person des Einziehungsberechtigten keine Gegenseitigkeit begründet in dem Sinne, daß der Gläubiger der Forderung aufhört, Träger derselben zu sein und nur in der Person des Einziehungsberechtigten eine Gläubigerqualität existiert. Auch wenn dem Gläubiger nur ein sogen. „Heimfallrecht" bleibt, hat er nicht aufgehört, Gläubiger zu sein.[2]) Der Einziehungsberechtigte hat lediglich die Befugnis, die Forderung beizutreiben und das Eingetriebene als ihm zu eigen gehörend zu behalten; ein Aufrechnungsrecht steht ihm aber nicht zu.[3])

Ein solches Einziehungsrecht ist gegeben dem Nießbraucher einer unverzinslichen, auf verbrauchbare, insbesondere Geld gerichteten Forderung (§§ 1074, 1075) sowie einer verzinslichen Forderung hinsichtlich der fällig gewordenen Zinsen (§§ 1076, 1068, 1099) dem Vertragspfandgläubiger, wenn die zu sichernde Forderung ganz oder teilweise fällig geworden und auf Geld gerichtet ist (§§ 1282, 1228 Abs. 2, 1288 Abs. 2), schließlich dem Pfändungspfandgläubiger, wenn ihm die Forderung zur Einziehung überwiesen ist.

Die gegenteilige Ansicht, die hinsichtlich des Nießbrauches insbesondere von Dernburg,[4]) des Vertrags- und Pfändungspfandgläubigers von Falkmann,[5]) des Pfändungspfandrechts von Gaupp-Stein[6]) vertreten wird, kann angesichts der klaren Gesetzesbestimmung der §§ 1074 und 1282 nicht aufrechterhalten werden. Ihre Vertreter gehen durchweg von der unzutreffenden Auffassung aus, die Aufrechnung sei in der Einziehung einbegriffen, letztere sei der weitere, die erstere der engere Begriff.

Die erwähnten Bestimmungen betonen ausdrücklich, daß der Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger nur zur „Einziehung" der Forderung, zu einer „anderen Verfügung" über dieselbe aber nicht befugt sei. Daß die Aufrechnung als eine „andere Verfügung" in dem fraglichen Sinne erachtet werden muß, zeigt schon der Hinweis auf die Verschiedenheit des ökonomischen Effektes, der durch Einziehung als ein tatsächliches Ansichbringen eines Gegenstandes und durch Aufrechnung herbeigeführt wird, bei welch letzterer der Schuldner nichts aus seinem Vermögen in das des Einziehungsberechtigten überführt, sondern behält. Die speziellen Vorschriften sind ausdrücklich gegeben, um einer zu weiten Auslegung der Einziehung vorzubeugen[7]) und nicht jede beliebige anderweitige Verfügung zu gestatten. Der Einziehungsberechtigte handelt nicht auf Grund eines aus der Person des Gläubigers ausgeschiedenen und auf ihn übergegangenen Gläubigerrechts — der Gläubiger bleibt vielmehr trotz der Einziehungsberechtigung des Dritten Gläubiger der Forderung —, sondern auf Grund eines ihm besonders zustehenden eigenen Rechtes, des Nießbrauchs- bezw. Pfandrechtes. Es ist daher verfehlt, aus dem Umstande, daß der Schuldner dem Pfandgläubiger gegenüber eine ihm

---

[1]) Hellwig, Verträge zugunsten Dritter S. 277.
[2]) vgl. Weigelin a. a. O. S. 76.
[3]) a. A. Weigelin a. a. O.
[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 S. 532, 759.
[5]) Falkmann in Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 109 ff. und Weismann bei Busch Bd. 26 S. 8.
[6]) Gaupp-Stein, ZPO. § 835.
[7]) Planck zu § 1774.

gegen diesen zustehende Forderung aufrechnen kann, den Nachweis herzuleiten, daß umgekehrt nun auch der Pfandgläubiger bezw. Nießbraucher aus dem Einziehungsrechte zu einer solchen Aufrechnung befugt sein müsse, daß also Aufrechnung im Begriff der Einziehung enthalten sei, wie insbesondere Falkmann deduziert. Es kann dies auch nicht mit Weismann aus § 1282 gefolgert werden, wonach bei einer gemäß dieser Vorschrift erfolgten Einziehung einer Geldforderung die Forderung des Pfandgläubigers insoweit als von dem Gläubiger berichtigt und dieser befreit gilt, als ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt. Diese weite Ausdehnung des Einziehungsrechtes steht außerdem, wie Planck nachgewiesen, im Widerspruche zu dem sonstigen Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Wenn demgegenüber Weigelein, der ebenfalls ein Anhänger der gegenteiligen Meinung ist, meint, die Aufrechnung bei den in Rede stehenden Fällen enthalte keine „unmittelbare Verfügung" über die Forderung, sondern „verschaffe dem Einziehungsberechtigten nur eine Ersatzbefriedigung für dieselbe", so daß die Forderung nicht durch Aufrechnung erlösche, sondern, weil der Berechtigte durch sie Befriedigung erlangt habe, erscheint uns nicht überzeugend. Es wird an anderer Stelle hierauf zurückgekommen werden.[1])

Die soeben erörterten Grundsätze müssen auch Anwendung finden bei einem dem Nießbrauch oder der familienrechtlichen Nutznießung unterliegenden Vermögen, z. B. dem Nießbrauche an einer Erbschaft, dem Nießbrauche des Mannes am Vermögen der Frau oder der Eltern am Vermögen des Kindes. Auch hier kann der Nießbraucher eine seinem Nutznießungsrechte unterworfene Forderung nicht gegenüber seinem persönlichen Gläubiger zur Aufrechnung stellen. Wohl aber können Forderungen und Schulden des Nutznießungsvermögens gegeneinander kompensiert werden, da diesesfalls die Voraussetzung des § 387 hinsichtlich der Gegenseitigkeit gegeben ist; ob aber der Nießbraucher in diesem Falle die Aufrechnung erklären oder ob an ihn die Erklärung abgegeben werden kann, hängt von dem Umfange der Vertretungsbefugnis ab, die im einzelnen Falle dem Nutznießungsberechtigten zusteht. Demnach darf man wohl annehmen, daß der Vater befugt ist, Forderungen und Schulden des von seinem Nutznießungsrechte betroffenen Kindesvermögens gegeneinander aufzurechnen und daß er auch zur Entgegennahme einer solchen Erklärung das Recht hat, da ihm kraft Gesetzes die allgemeine Vertretungsbefugnis seines minderjährigen Kindes zusteht (§ 1630). Dieselbe Befugnis muß ohne Bedenken auch dem „dinglichen" Nießbraucher eines Vermögens eingeräumt werden, zumal dieser auch Stücke des Nießbrauchsvermögens dem Gläubiger leisten darf (§ 1087 Abs. 2 Satz 1) und auch zum Vermögen gehörige Forderungen einziehen kann § 1085 i. V. m. § 1074).

Wenn wir, von diesen Einzelfällen abgesehen, dem Nießbraucher und Pfandgläubiger grundsätzlich das Recht der Aufrechnung versagen, selbst wenn sie zur Einziehung der Forderung berechtigt sind, so kann ihnen diese Befugnis noch viel weniger dann zugestanden werden, wenn ihnen ein solches Recht überhaupt noch nicht zusteht, wie es beim Pfandgläubiger zutrifft, solange seine Forderung noch nicht fällig oder nicht auf Geld gerichtet ist (§ 1281), und beim Pfändungspfandgläubiger, solange ihm die gepfändete Forderung noch nicht zur Einziehung überwiesen ist. Die Erörterung dieser Fälle kann demnach füglich unterbleiben.

Weigelin erblickt auch in dem § 407 keine Ausnahme von dem allgemeinen in § 387 verlangten Erfordernis der Gegenseitigkeit, selbst wenn die Aufrechnung von dem abtretenden Gläubiger vorgenommen wird. Daß eine solche Aufrechnung trotz Abtretung der Forderung noch möglich ist, folgt aus dem klaren Wortlaute der fraglichen Bestimmung, die im unklaren läßt, von wem die „Leistung" oder das „Rechtsgeschäft" seinen Ausgangspunkt genommen hat. Daß die Aufrechnung aber ein, wenn auch nur „einseitiges" Rechtsgeschäft im Sinne der genannten Vorschrift ist, wird an späterer Stelle gezeigt werden. Das Gesagte trifft aber auch dann zu, wenn man in der Aufrechnung eine „Leistung" erblickt. Weigelin

---

[1]) vgl. auch Siber S. 96; Kohler bei Busch Bd. 24 S. 15 f.; Planck § 1074.

meint nun, trotz Abtretung bestehe im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner die Gegenseitigkeit so lange fort, bis dem Schuldner die Abtretung bekannt werde, was aus § 409 gefolgert werden könne; so daß bei der von dem Zedenten erklärten Aufrechnung in Wirklichkeit die Forderungen noch als gegenseitig anzusehen seien. Wenn dieses aber tatsächlich der Fall sein sollte — was diesseits in Abrede gestellt wird — so ist doch zum mindesten nicht recht ersichtlich, warum Weigelin dann dem Gläubiger nicht mehr ein „Recht" zur Aufrechnung, sondern nur eine ihm „zum Schutze des die Abtretung nicht kennenden Schuldners verliehene Macht über die Forderung" zuerkennen will, wo doch das Resultat dasselbe ist.[1])

II. Eine eigene Schuld.

Daß ein Dritter gegen die Schuld eines anderen nicht aufrechnen kann, geht schon aus dem Wortlaute des Gesetzes unzweideutig hervor, was freilich von den Motiven geleugnet wird.[2]) Zwar gestattet das Bürgerliche Gesetzbuch einem Dritten, für einen andern dessen Schuld zu tilgen, falls dieser nicht in Person zu leisten hat; aber es gewährt ihm hierzu kein eigenes, selbständiges Recht und läßt aus der Nichtausübung keinerlei nachteilige Folgen für ihn entstehen. Ebenso erleidet auch der Gläubiger im Verhältnis zu dem Dritten infolge Nichtannahme der von diesem ihm dargebotenen Leistung keinerlei Nachteil, vielmehr zieht aus der Nichtannahme lediglich der Schuldner den Vorteil, daß der Gläubiger in Annahmeverzug gerät.[3]) Jedoch ist das Recht der Aufrechnung einem Dritten grundsätzlich versagt, abgesehen von den Seite 25 ff. erörterten Ausnahmefällen. Die Zulassung der Aufrechnung durch einen Dritten würde, wie Eisele mit Recht hervorhebt, dazu führen, daß niemand, der einem anderen etwas schuldet des Eingangs seiner Forderung sicher wäre, müßte er doch stets gewärtig sein, daß ein Dritter gegen seine Forderung eine ihm zustehende aufgerechnet habe.[4]) Somit sprechen schon lediglich Zweckmäßigkeitsrücksichten gegen eine derartige Erweiterung des Aufrechnungsrechtes.

1. Aus dem gesagten Grundsatze, daß nur gegen eine eigene Schuld aufgerechnet werden kann, folgt, daß keine Aufrechnung möglich ist, wenn jemand in einem Vertrage die Befriedigung des Gläubigers eines Dritten verspricht, ohne gleichzeitig dessen Schuld zu übernehmen (Erfüllungsübernahme). Durch eine solche Vereinbarung entsteht neben dem zwischen Gläubiger und Dritten bestehenden Schuldverhältnis nur noch ein solches zwischen Versprecher und Dritten, auf Grund dessen letzterer befugt ist, nötigenfalls im Wege der Klage die Befriedigung seines Gläubigers seitens des Versprechenden zu erzwingen. Aber es wird keinerlei Schuldverhältnis zwischen dem Versprecher und dem Gläubiger begründet, dieser erwirbt kein unmittelbares Recht gegen jenen und ist ihm gegenüber auch nicht zur Annahme verpflichtet, so daß er ihm gegenüber auch nicht in Annahmeverzug gerät, wenn er seine Leistung nicht annimmt. Schuldet also der Erfüllungsübernehmer nur dem Dritten gegenüber die versprochene Leistung, so kann er auch nur diesem, nicht aber auch dem Gläubiger gegenüber aufrechnen.[5])

Hat aber beim Vertrage zugunsten eines Dritten dieser Letztere unmittelbar ein eigenes, selbständiges Recht gegen den Versprechenden erlangt, so ist gleichwohl dessen Aufrechnungsbefugnis nicht ohne weiteres zu bejahen, vielmehr ist hierbei der Umstand zu berücksichtigen, daß dem Gläubiger das Recht zusteht, das aus dem Vertrage erworbene Recht

---

[1]) Dem Zedenten räumen ebenfalls nach § 407 ein Aufrechnungsrecht ein: Planck § 407 Anm. 1; Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 345; a. A. Siber S. 101 Ziff. 4 a. E. und Leonhard, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 191.

[2]) § 387: „Jeder Teil", „einander"; Mot. Bd. 2 S. 105 f.

[3]) § 293.

[4]) Eisele a. a. O. S. 290.

[5]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 6; Siber a. a. O.; vgl. l. 18 § 1 D. 16, 2.

zurückzuweisen mit der Wirkung, daß es als nicht erworben gilt (§ 333). Der Dritte kann selbstverständlich sofort aufrechnen, denn in der Aufrechnungserklärung muß eine stillschweigende Annahme des aus dem in Rede stehenden Vertrage ihm angefallenen Rechtes gefunden werden; sodann ist es auch für die Gegenseitigkeit gleichgültig, ob der Gläubiger die Forderung durch Vertrag mit dem Versprechenden, durch Singular- oder Universalsukzession oder durch einseitigen Rechtsakt erworben hat.

Wenn der Dritte dem Versprechenden gegenüber oder in anderer ihm bekannt gewordenen Weise indes die Annahme des fraglichen Rechtes erklärt hat, so kann an der Aufrechnungsbefugnis des Versprechenden nicht mehr gezweifelt werden. Hat er vor der Annahme bereits die Aufrechnung erklärt, so ist die Frage von Wichtigkeit, ob diese Aufrechnung von vornherein unwirksam ist, oder ob sie erst nachträglich infolge Zurückweisung des Berechtigten hinfällig wird. Die Frage muß in dem ersten Sinne bejaht werden. Denn ein Recht, dessen Erwerb ausschließlich von dem Willen des Berechtigten abhängt, kann ihm gegen seinen Willen keinesfalls aufgedrängt werden. Es ist somit Siber darin zuzustimmen, wenn er meint, daß einseitige Rechtsgeschäfte, die der Gegner nicht wider sich gelten zu lassen braucht, auch ohne Zurückweisung schlechthin unwirksam sind.[1])

Ein eigenes, selbständiges Recht des Dritten entsteht vor allem bei den Inhaber- und Orderpapieren, falls sie in Umlauf gesetzt werden, insbesondere (kraft der Transportfunktion des Indossaments) beim Wechsel, der als ein Vertrag mit dem Remittenten zugunsten seiner und zugunsten Dritter, der Indossatare, aufgefaßt werden kann.[2])

Auch hier kann, falls die sonstigen Erfordernisse des § 387 vorliegen, der Schuldner aus dem Papiere mit eigenen Forderungen gegen den Inhaber desselben aufrechnen. Aber er ist auch hier wie in dem zuvor erörterten Falle nicht befugt, mit Forderungen an den Versprechensempfänger bezw. an den ersten Inhaber (beim Wechsel dem Remittenten) dem Inhaber des Papiers gegenüber aufzurechnen.[3]) Ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes findet sich in § 890 HGB. aus der Versicherung für fremde Rechnung. Diese Art der Versicherung gibt dem Versicherten ein unmittelbares, selbständiges Recht gegenüber dem Versicherer, ein Recht, das sich mit dem Erwerbe der Police vervollständigt. Es darf nun nach der ausdrücklichen Bestimmung der genannten Vorschrift der Versicherer dem Rechte des Dritten gegenüber keine Aufrechnung von Forderungen entgegensetzen, die aus der Person des Versicherungsnehmers herrühren.

2. Weiterhin ergibt sich aus dem in Rede stehenden Prinzip, daß ein Nebenintervenient die Hauptschuld der von ihm unterstützten Partei nicht durch Aufrechnung mit seiner eigenen an die Gegenpartei gerichteten Forderung tilgen kann, auch nicht, wenn er als streitgenössischer Nebenintervenient angesehen werden muß.[4])

Schulden mehrere Personen eine Leistung, so gilt hinsichtlich der Frage, inwieweit eine eigene Schuld vorliegt, folgendes. Der Regelfall wird sein, daß die verschiedenen Personen als Gesamtschuldner haften, sei es, daß sie sich vertraglich zu einer teilbaren Leistung verpflichtet haben (§ 427), oder daß sie eine unteilbare Leistung schulden (§ 431), oder aus unerlaubter Handlung haftbar sind (§ 833), oder daß sie als Miterben in Betracht kommen. Diesesfalls hat jeder Mitverpflichtete im vollen Umfange eine eigene Schuld, gegen die er naturgemäß jederzeit die Aufrechnung vornehmen kann. Bezieht sich ihre Haftung aber auf eine teilbare Leistung, zu der sie sich nicht vertraglich verpflichtet haben, so gilt jeder im Zweifel als nur pro rata verpflichtet (§ 427), und jeder kann darum die Aufrechnung insoweit erklären, als die Höhe seines Anteils an der ganzen Schuld beträgt.

---

[1]) Siber a. a. O. S. 99.
[2]) vgl. Kohler Bd. 24 S. 44.
[3]) vgl. Kohler a. a. O.; Jacobi, Wertpapiere S. 133ff.
[4]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 187 Nr. 3.

Der Gläubiger der einen Forderung muß Schuldner der anderen Forderung, oder was dasselbe heißt, der Schuldner der eigenen Forderung muß Gläubiger der eigenen Schuld sein. Denn ein Gläubiger soll für seine Forderung nur mit Vermögensstücken seines Schuldners befriedigt werden. Er soll nicht aus fremdem Vermögen sich Befriedigung verschaffen können, ein Grundsatz, der schon im römischen Recht verschiedentlich ausgesprochen war.[1]) Diesem Erfordernis ist dann schon genügt, wenn der Gläubiger und Schuldner bloß formell identisch ist. Es kann darum der Schuldner eines Kommissionärs gegen diesen aufrechnen, wenngleich der Kommissionär auf Rechnung des Kommittenten, wohl aber im eigenen Namen kontrahiert. Auch steht dieser Aufrechnungsbefugnis der § 392 HGB. nicht entgegen, wonach Forderungen aus dem Geschäfte des Kommissionärs im Verhältnis zu dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Durch diese Vorschrift ist dem Schuldner des Kommissionärs keineswegs die Befugnis entzogen, seine Schuld durch Aufrechnung aus der Welt zu schaffen. Sie entspricht zudem auch der Billigkeit, wenn man erwägt, daß der Schuldner möglicherweise grade mit Rücksicht darauf, daß er eine fällige Forderung an den Kommissionär hatte, mit diesem in Beziehung getreten ist, um durch Aufrechnung sich die Befriedigung zu verschaffen, die er andernfalls nicht erlangt hätte.[2])

Wenn mehrere Personen als Gläubiger einer Forderung in Frage kommen, so muß die Gegenforderung gegen alle an der Forderung beteiligten Gläubiger gerichtet sein, damit Gegenseitigkeit vorliegen soll. Hat sonach eine aus A B und C bestehende Gesellschaft eine Forderung an D und dieser eine Gegenforderung, aber nur an A und B, so ist keine Gegenseitigkeit vorhanden und die Aufrechnung infolgedessen ausgeschlossen.

Ausnahmsweise ist aber Aufrechnung gestattet, ohne daß gegenseitige Forderungen vorliegen.

Zu erster Linie ist hier der Fall der Abtretung der Forderung hervorzuheben, und zwar gestattet § 406 dem debitor cessus, auch nach der Zession dem neuen Gläubiger[3]) gegenüber Forderungen zur Aufrechnung zu verwenden, die ihm gegen den Zedenten zustehen. Jedoch ist auch hier die Aufrechnung ausgeschlossen:

a) Wenn er beim Erwerbe der Gegenfordernng von der Abtretung Kenntnis hatte, und

b) wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig wird.

Und nach § 407 kann er mit gegen den alten Gläubiger gerichteten Gegenforderungen auch nach Abtretung dem alten Gläubiger gegenüber wirksam aufrechnen, es sei denn, daß der Schuldner bei Vornahme der Aufrechnung die Abtretung kannte.[4]) Ob man hier in der Aufrechnung eine „Leistung" erblickt, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, oder ein, „zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommenes Rechtsgeschäft", ist gleichgültig.

Beide Vorschriften sind im Interesse des Schuldners gegeben. Es soll dem Schuldner, der auf die Möglichkeit, die abgetretene Forderung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung zu tilgen, stets vertraut hat, diese durch die Abtretung nicht genommen werden. Darum läßt die Rechtsordnung das einmal zu der fraglichen Zeit für ihn begründete Aufrechnungsrecht, auch ohne Gegenseitigkeit der Forderungen für ihn fortbestehen, so daß er es im Fall des § 406 dem neuen Gläubiger gegenüber noch ausüben kann. Weigelin meint darum, mit Rücksicht auf diesen Zweck enthalte der § 406 überhaupt keine Ausnahmebestimmung, da der

---

[1]) vgl. l. 16 pr. und l. 23 D. 16, 2.

[2]) Schollmeyer § 387 1a β.

[3]) Nur dem neuen Gläubiger gegenüber, die Aufrechnung dem alten Gläubiger gegenüber regelt § 407; a. A. Siber S. 101.

[4]) Schollmeyer § 407 Anm. 1b; Planck § 407 Anm. 1; v. Mayr a. a. O. S. 305 f.

abtretende Gläubiger nur über eine Verpflichtung, nicht aber auch über ein Recht des Schuldners, nämlich das Aufrechnungsrecht frei verfügen könne.[1])

Erlangte der Schuldner dagegen die Gegenforderung erst nach Kenntnis von der Abtretung, so konnte er von vornherein nicht mit der in Rede stehenden Aufrechnungsmöglichkeit rechnen, da diesesfalls die zu tilgende Forderung nicht mehr zum Vermögen des Gläubigers gehörte, sondern in dasjenige eines anderen übergegangen war. Dasselbe muß gelten, wenn die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig wurde; denn hier konnte er sich nicht darauf verlassen, daß der Gläubiger ihm nach eingetretener Fälligkeit noch eine Nachfrist gewähren würde. Die Zulassung der Aufrechnung in diesem Falle würde dazu führen, daß der Schuldner die Zahlung der abgetretenen Forderung so lange hinauszögern würde, bis seine Gegenforderung inzwischen fällig geworden, nur um statt der Zahlung aufrechnen zu können. Es würde der Chikane Tür und Tor geöffnet sein, was verhütet werden muß.

Wird die abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so erwirbt dieser die Forderung nicht, weil der bisherige Gläubiger infolge der ersten Abtretung nicht mehr Gläubiger war. Aber gemäß § 408 gilt zugunsten des Schuldners dieser Forderung, wenn er nur von der zweiten Abtretung Kenntnis erhielt, derjenige als der wirkliche Gläubiger, an den die zweite Abtretung erfolgte und zwar in demselben Umfange, in welchem gemäß § 407 der bisherige Gläubiger dem Schuldner gegenüber als der wirkliche Gläubiger galt, m. a. W., der Schuldner kann dem zweiten Zessionar gegenüber mit einer an den ursprünglichen Gläubiger gerichteten Forderung aufrechnen und der erste Zessionar muß diese erste Aufrechnung gegen sich gelten lassen, sofern er nicht nachweist, daß dem Schuldner bei der Aufrechnung die erste Zession bekannt war.[2]) Wird die abgetretene Forderung von dem ersten Zessionar abermals abgetreten, so kann der Schuldner dem zweiten Zessionar gegenüber eine ihm an den ersten Zessionar zustehende Forderung unter den Voraussetzungen der §§ 406 und 407 aufrechnen.[3])

Es muß aber betont werden, daß nur die wirkliche Kenntnis der erfolgten Abtretung auf Seiten des Schuldners dessen Aufrechnungsbefugnis ausschließt. Der Zessionar, der aus der Kenntnis Rechte für sich herleitet, hat diese nachzuweisen, zumal es auch seine Sache ist, dem Schuldner von der Abtretung Kenntnis zu verschaffen.[4]) Dahingegen genügt nicht, daß der Schuldner nur mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß die Forderung abgetreten war, daß er Zweifel darüber hegte, ob sie noch dem alten oder einem neuen Gläubiger zustand. Er kann also bis zur Erlangung sicherer Kenntnis und insbesondere auch auf die bloße Möglichkeit einer Abtretung hin ruhig aufrechnen, und braucht nicht etwa zur Wahrung der Interessen des neuen Gläubigers Erkundigungen einzuziehen oder den Betrag zu hinterlegen.[5]) Auf welche Weise er zu dieser Kenntnis gelangt ist, ist gleichgültig. Eine bloße Anzeige des neuen Gläubigers muß an sich als ausreichend erachtet werden, um den Schuldner vor einer nochmaligen Zahlung zu bewahren. Es muß dann aber die Mitteilung nach Lage des Einzelfalles so beschaffen sein, daß sie glaubwürdig und geeignet erscheint, dem Schuldner eine Kenntnis zu gewähren.[6]) Weil aber die Anzeige zugunsten des Schuldners wirken soll, so ist er auch berechtigt, die Legitimation des Zessionars zu bestreiten, wenn wichtige Gründe

---

[1]) Weigelin a. a. O. S. 86 f.

[2]) Planck § 406 Anm. 1; Hellmann in der Krit. VSchr. Bd. 42 S. 49; Weigelin a. a. O. S. 86; a. A. Siber S. 102.

[3]) Oertmann § 406 Anm. 4.

[4]) Dresden 6. 6 1904 Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 31.

[5]) RG. 19. 9. 1905; JurW. 1905 S. 461; vgl. auch die Mot. Bd. 2 S. 133 und Kohler bei Busch Bd. 24 S. 14.

[6]) Dresden 6. 11. 1902; Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 222; Annalen des OLG. Dresden Bd. 24 S. 403.

hierzu vorliegen.[1]) Hat der Schuldner aber im begründeten Bestreitungsfalle der Legimation aufgerechnet, ohne daß ihm die Kenntnis nachgewiesen ist,[2]) so wird er von seiner Verbindlichkeit frei und es erwächst ihm kein Schaden, auch wenn er infolge Täuschung durch den Zedenten zur Aufrechnung bewogen war.[3]) Hat ihm der Zedent die Aufrechnung mitgeteilt, so kann sich der Schuldner nicht mehr darauf berufen, daß sie nur zum Scheine erfolgt war[4]) und er kann deswegen nicht mehr ihm gegenüber mit einer Gegenforderung aufrechnen.[5])

Die Vorschriften der §§ 406—408 finden auf die Übertragung der durch Hypothek gesicherten Forderung hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung, wie § 1156 ausdrücklich bestimmt. Jedoch sollen sie gemäß §§ 1185 und 1158, 1192 Abs. 1, 1200 und 1107 für die Sicherheitshypothek sowie die laufenden Zinsen der gewöhnlichen Hypothek und andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke wiederum entsprechend angewandt werden; außerdem bestimmt § 412 ihre Anwendung für den Übergang einer Forderung kraft Gesetzes, in welchem Falle sodann an die Stelle der Abtretung naturgemäß die Kenntnis des gesetzlichen Überganges tritt. Es verliert demnach insbesondere auch der bisherige Gläubiger dem Schuldner-Gläubiger gegenüber die Aufrechnungsbefugnis nicht (§ 407), auch wenn ihm der gesetzliche Übergang bekannt war, was aus der Anwendung des § 407 geschlossen werden muß.

Hat der frühere Gläubiger die Forderung nur teilweise an den Zessionar abgetreten, so kann der Schuldner auch in diesem Falle der teilweise abgetretenen Forderung des Zessionars gegenüber mit einer ihm an den Zedenten zustehenden Forderung aufrechnen und es hat nicht der Zessionar das Recht, den Schuldner auf die Aufrechnung zu verweisen, die ihm gegen den dem Zedenten noch verbliebenen Teil der Forderung noch möglich ist. Es muß dieses angesichts des § 406 angenommen werden. Auch das Kammergericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen.[6])

Es hat z. B. A gegen B eine Forderung von 1000, von der er 500 an C abtritt. C klagt die 500 gegen B ein und B macht mit einer ihm an A zustehenden Gegenforderung von 500 Aufrechnung geltend, die er vor Kenntnis der Abtretung gegen ihn erworben hatte. C muß sich diese Aufrechnung gefallen lassen und kann nicht etwa sagen, B solle für seine 500 sich an die dem A noch verbliebenen 500 halten und gegen diese aufrechnen.

Die in den §§ 406 und 407 erörterten Grundsätze finden auch in einigen vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen entsprechende Anwendung.

1. Zunächst ist der § 571 näher ins Auge zu fassen. Gemäß dieser Bestimmung tritt nach erfolgter Überlassung des Grundstücks an den Mieter bezw. Pächter im Falle der Veräußerung desselben der Erwerber an Stelle des Vermieters bezw. Verpächters in alle während der Dauer seines Eigentumes aus dem Miet- und Pachtverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten ein. Es entsteht, wie die Protokolle sagen,[7]) ein zessionsartiges Verhältnis. Demnach kann der Mieter oder Pächter Gegenforderungen aus der Person des früheren Eigentümers nach der Veräußerung der Mietzinsforderung des neuen Erwerbers gegenüber grundsätzlich nicht mehr zur Aufrechnung stellen. Jedoch ist ihm auch hier ausnahmsweise gestattet, gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers aus dem laufenden und kommenden Kalendervierteljahre mit beliebigen Gegenforderungen[8]) aufzurechnen, und zwar kann er die Aufrechnung erklären:

---

[1]) Posen 13. 5. 1905; JurM. f. Pos. West- u. Ostpr. 1905 S. 142.
[2]) vgl. auch Dresden, Seuff. Arch. Bd. 58 S. 222.
[3]) Dresden 6. 6. 1903; Recht 1903 S. 345.
[4]) RG. 4. 3. 1905, Zeitschr. f. d. Notariat 50 S. 115.
[5]) Eccius, DJZ. 1903 S. 204.
[6]) Kammergericht 17. 11. 1904; Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 160 und Breit, sächs. Arch. Bd. 10 S. 133, 137 ff.
[7]) Prot. II S. 146.
[8]) Nicht bloß Geldforderungen aus dem Mietsverhältnis, so Oertmann § 575 Anm. 2.

a) gemäß §§ 575 und 407 dem Vermieter gegenüber, solange er von dem Übergange keine Kenntnis hat,

b) gemäß §§ 575 und 406 dem Erwerber gegenüber, auch wenn ihm der Eigentumsübergang bekannt war. Jedoch ist ihm hier eine Schranke insofern gezogen, als er nicht kompensationsberechtigt ist, wenn er die Gegenforderung in Kenntnis des Überganges erworben hat, oder wenn sie erst nach Erlangung der Kenntnis und später als der Mietzins fällig wird.[1])

Unter Mietzins ist hier nicht nur das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung der vermieteten bezw. verpachteten Sache zu verstehen, sondern auch jener Betrag einbegriffen, der nach Höhe des Mietzinses berechnet wegen einer Rechtsverwirkung als Entschädigung zu zahlen ist.[2])

2. Nach § 718 wird eine Forderung, die ein Gesellschafter als „Beitrag" der Gesellschaft abtritt, gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaft. Der Schuldner dieser Forderung soll aber dadurch nicht schlechter gestellt werden, daß ihm ein neuer Gläubiger aufgedrängt wird. Deswegen gestattet § 720 dem Schuldner die Aufrechnung auch noch, nachdem die Forderung in das Vermögen der Gesellschaft einverleibt ist. Er kann diese Aufrechnungserklärung abgeben

a) dem Gesellschafter gegenüber, so lange er von der Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen nichts weiß (§§ 720 und 407),

b) der Gesellschaft gegenüber auch nach erlangter Kenntnis von der Zugehörigkeit, es sei denn, daß er die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis erworben oder daß diese erst nach erlangter Kenntnis und später als die in das Gesellschaftsvermögen übergegangene Forderung fällig wird (§§ 720 und 406).[3])

3. Dieselben Motive greifen Platz, wenn an einer Forderung ein Nießbrauch bestellt ist (§ 1070). Hier steht dem Schuldner das Aufrechnungsrecht mit Gegenforderungen an den Besteller zu, welches er dem Besteller gegenüber bis zur Kenntnis der Bestellung und dem Nießbraucher gegenüber auch nach der Bestellung ausüben kann, sofern er die Gegenforderung nicht nach Erlangung der Kenntnis erworben oder sofern sie nicht erst nach der Kenntnisnahme und später als die von dem Nießbrauch betroffene Forderung fällig wird.

4. Dasselbe gilt für § 1473. Eine Forderung, die durch ein auf das Gesamtgut sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird, fällt in das Gesamtgut. Die Rechte des Schuldners, der hiervon nichts wußte, sollen dadurch nicht verkümmert werden, daß er mit dem Ehegatten kontrahiert. Darum kann er unter der Voraussetzung des § 407 in V. mit § 1473 Abs. 2 dem betreffenden Ehegatten und gemäß § 406 dem Ehemann als Verwalter des Gesamtguts gegenüber die Aufrechnung mit einer Gegenforderung erklären, falls die Vorbedingungen der beregten Vorschriften erfüllt sind. Weiterhin wird die vom Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft erworbene Forderung für die Erbschaft erworben. Auch in diesem Falle braucht der Schuldner die Zugehörigkeit zur Erbschaftsmasse erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von derselben Kenntnis erlangt. Es gestattet ihm daher § 2019 die Aufrechnung mit einer aus der Person des Erbschaftsbesitzers herrührenden Gegenforderung unter den Voraussetzungen der §§ 407 und 406, d. h. er kann

a) dem Erbschaftsbesitzer gegenüber aufrechnen, solange er die Zugehörigkeit nicht kannte (§ 2019),

b) dem Erben gegenüber, es sei denn, daß sie erst nach diesem Zeitpunkt und später als die Forderung des Erben fällig wird.

5. Im Fall der Verpfändung einer Forderung ist der Schuldner derselben nach § 1275

---

[1]) vgl. Kohler bei Busch Bd. 24 S. 40ff.

[2]) Dresden 6. 8. 1901 Recht 1901 S. 517.

[3]) Planck § 720; Oertmann ebenda; Siber S. 108; Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 737.

befugt, dem Pfandgläubiger gegenüber auch solche Forderungen zur Aufrechnung zu bringen, die er gegen den Verpfänder hatte, vorausgesetzt, daß die Vorbedingung des § 406 erfüllt ist. Die analoge Anwendung des § 407 kann hier nicht zutreffen, da die Verpfändung nur wirksam wird, wenn der Verpfänder sie dem Schuldner anzeigt (§ 1288). Und zwar ist die Anwendbarkeit des § 1275 auch ohne Rücksicht auf § 1281 gegeben.[1])

6. Schließlich gelten die erörterten Grundsätze noch, wenn ein Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft eine Forderung erworben hat, sowie für den Fall, daß eine Forderung durch ein auf den Nachlaß sich beziehendes Rechtsgeschäft Bestandteil des Nachlasses wird, der mehreren Erben zukommt (§ 2041).

Die für die Abtretung einer Forderung maßgebenden Grundsätze treffen auch gemäß § 392 im Fall der Beschlagnahme einer Forderung zu. Ob die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung, des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung erfolgt ist, macht hierbei keinen Unterschied. Der Schuldner befindet sich diesesfalls in ähnlicher Lage wie der debitor cessus; darum ist auch für ihn prinzipiell das Recht der Aufrechnung infolge der Beschlagnahme nicht genommen. Es ist ihm nur versagt, wenn er die Gegenforderung nach der Beschlagnahme — also ohne Rücksicht auf deren Kenntnis — erlangt hat, oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig wird. Da die Beschlagnahme gemäß § 829 ZPO. erst mit der Zustellung des Verbotes an den Drittschuldner, an den Schuldner (Gläubiger der gepfändeten Forderung) zu zahlen, erfolgt ist, so kann er mit Wirkung gegen den Pfändungspfandgläubiger in Kenntnis des Verbotes dem Gläubiger gegenüber eine Aufrechnung nicht mehr vornehmen, da diesesfalls die gepfändete Forderung erlöschen würde. Die analoge Anwendung des § 407 ist hier ausgeschlossen, da dem Gläubiger verboten ist, irgend eine Verfügung über die Forderung, also auch eine Aufrechnung derselben vorzunehmen (§ 829 Abs. 1). Eine trotz dieses Verbotes seitens des Gläubigers erklärte Aufrechnung würde deswegen dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber schlechthin unwirksam sein.

An dem Erfordernis der Identität von Gläubiger und Schuldner wird grundsätzlich auch im Konkurse festgehalten. Durch die Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein gesamtes Vermögen (§ 6 KO.). Es wird ihm hierdurch vor allem das Recht entzogen, Forderungen einzuziehen und über sie in anderer Weise, wie z. B. durch Aufrechnung zu verfügen. Dieses Recht geht auf die Gesamtheit der Konkursgläubiger über, die in gewissem Sinne nach der Auffassung des Reichsgerichts[2]) sogar als Rechtsnachfolger des Kridars gelten können und die sich ihrerseits wieder durch den Konkursverwalter vertreten lassen. Hier wird die Gegenseitigkeit durch die Befugnis der Einziehung begründet. Danach liegen für den Fall des Konkurses gegenseitige Forderungen vor:

a) wenn jemand an die Masse d. h. die Gläubigerschaft eine Forderung erworben und an die Masse etwas schuldig geworden ist,[3])
b) wenn jemand nach der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner eine Forderung erworben und ihm etwas schuldig geworden ist,
c) wenn jemand nach der Konkurseröffnung eine Forderung gegen die Masse (§§ 58, 59, 224 KO.) erlangt hat, und vor Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig geworden ist.

Stand dem Gläubiger, der aufrechnen will, schon vor der Konkurseröffnung die Forderung zu, so ist die Aufrechnung auch nach der Konkurseröffnung noch zulässig, selbst wenn sie der Gläubiger in dieser Zeit zeitweise nicht besessen hatte, wenn er sie z. B. zwecks Sicherstellung abgetreten, demnächst aber durch Abtretung zurückerworben hatte.[4]) Zweifelsohne war die Aufrechenbarkeit der Forderung im Augenblicke der Konkurseröffnung vorhanden,

---

[1]) Planck § 1279; a. A. Siber S. 106.
[2]) RG. Bd. 53 S. 8ff.
[3]) Siber S. 107; Mandry-Geib S. 444.
[4]) Dresden 8. 1. 1902 Rechtspr. des OLG. Bd. 4 S. 171; Seufferts Arch. Bd. 57 S. 383.

der Gläubiger konnte also außerhalb des Konkurses sich durch Aufrechnung befriedigen und war nicht zur Teilnahme an dem Konkurse gezwungen, (§ 53 KO). Wenn er nun infolge zeitweiser Aufhebung der Gegenseitigkeit infolge der Abtretung an der Ausübung des Aufrechnungsrechtes gehindert war, so steht dessen Geltendmachung nichts im Wege, nachdem dieses Hindernis beseitigt und die Forderung auf ihn zurückgekommen ist.

Soweit es an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit in dem genannten Sinne[1]) fehlt, ist keine Aufrechnung möglich. Es trifft dieses zu:

a) wenn jemand vor oder nach der Konkurseröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist (§ 55 Ziff. 1 KO.). Daher kann ein Mieter oder Pächter gegen die Miet- und Pachtzinsforderung, die erst nach der Konkurseröffnung fällig geworden ist, Gegenforderungen nicht mehr zur Aufrechnung stellen.[2])

Selbst wenn die Mietsraten aus einem älteren Mietsvertrage herstammen, also auf ein vor der Konkurseröffnung begründetes Rechtsverhältnis zurückzuführen sind, aber erst nach der Konkurseröffnung fällig werden, werden sie der Masse geschuldet und lassen dann gegen sich eine Aufrechnung nicht mehr zu.[3])

Jedoch bleibt die vor der Konkurseröffnung erklärte Aufrechnung hinsichtlich des Miet- und Pachtzinses insoweit auch nach der Konkurseröffnung bestehen, als dadurch der Mietzins für das laufende und folgende Kalendervierteljahr betroffen wird (§ 21 Abs. 2 KO.). In diesem Falle müssen aber Gegenstand des Miet- und Pachtverhältnisses Grundstücke, Wohnräume oder andere Räume sein. Auch gegen ein vom Konkursverwalter gewährtes Darlehen, das dieser selbst in Erfüllung eines vom Gemeinschuldner gegebenen Darlehensversprechens hingegeben, kann der Darlehnsempfänger nicht Forderungen aus der Person des Gemeinschuldners zur Aufrechnung stellen, da auch in diesem Falle Gegenseitigkeit der Forderungen nicht vorliegt.[4]) Die in Rede stehende Bestimmung enthält zwingendes Recht, eine ihr zuwiderlaufende vertragsmäßige Einräumung des Aufrechnungsrechtes ist unwirksam.[5])

b) Wenn jemand dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig wurde und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Konkurseröffnung für einen andern bestanden hatte. Auch hier muß die Aufrechnungsmöglichkeit versagt werden, weil in dem Augenblicke des Erwerbs der Gegenforderung die Verfügungsbefugnis über dieselbe dem Gemeinschuldner nicht mehr zustand. Daß die Forderung schon für einen anderen *bestanden* hat, ist, wie das Gesetz mit Recht hervorhebt, zur Aufrechnung nicht genügend, vielmehr muß gefordert werden, daß sie der Schuld spätestens im Moment der Konkurseröffnung *gegenüberstand*.

c) Sodann ist gemäß § 55 Ziff. 3 die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn jemand vor der Konkurseröffnung etwas schuldig wurde und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbs bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Somit kann z. B. derjenige nicht aufrechnen, der seine Forderung durch Befriedigung eines Hypothekengläubigers wegen fälliger Zinsen erlangt hat, selbst wenn der Auftrag zur Zahlung seitens des

---

[1]) s. oben S. 40.
[2]) RG. Bd. 40 S. 124.
[3]) Hamburg 18. 11. 1904 Hanseatische Gerichtszeitung 1905 Beiblatt S. 58.
[4]) JurW. 1886 S. 248.
[5]) RG. Bd. 33 S. 45; Hamburg 18. 11. 1904 Hanseatische Gerichtszeitung 1905 Beibl. S. 58.

Gemeinschuldners schon **vor** dem Antrage auf Konkurseröffnung erteilt, sofern ihm nur bei der Zahlung der Antrag bekannt war.[1])

Der Zweck dieser letzteren Bestimmung ist ersichtlich. Es soll verhindert werden, daß der Schuldner des nachmaligen Gemeinschuldners seine Schuld durch den (zufolge der bekannt gewordenen Zahlungseinstellung möglich gewordenen) Erwerb mit geringen Opfern von Forderungen gegen diesen erledigt und auf diese Weise die Gläubiger benachteiligt. Daher muß die Aufrechnung dann als zulässig erachtet werden, wenn jemand erst **nach** der Zahlungseinstellung und in deren Kenntnis eine Forderung gegen ihn erlangt hat und ihm erst sodann etwas schuldig geworden ist, da diesesfalls eine Benachteiligung der Gläubigerschaft nicht vorliegt.[2]) Das Recht der Gläubigerschaft, die Aufrechnung gemäß § 30 KO. anzufechten, bleibt jedoch unberührt.

Nunmehr steht noch die Prüfung der Frage offen, wie sich das Gegenseitigkeitsverhältnis von Forderungen infolge eines eingetretenen Erbfalles gestaltet.

Mit dem Tode des Erblassers geht der Nachlaß als Ganzes auf die seine Person gleichsam rechtlich fortsetzenden Erben über.[3]) Forderungen des Erblassers werden Forderungen der Erben, Schulden des Erblassers werden Schulden der Erben. Daraus ergibt sich, daß Nachlaßforderungen gegen Nachlaßschulden ohne weiteres, daß aber auch Nachlaßforderungen oder Nachlaßschulden und persönliche Forderungen oder persönliche Schulden der Erben grundsätzlich zur Aufrechnung geeignet sind.

Die infolge Erbfalles eingetretene Verschmelzung der beiden Vermögensmassen besteht aber nur bis zu dem Zeitpunkte, wo über den Nachlaßbestand der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet wird.[4]) In diesem Augenblicke werden beide Vermögen wieder getrennt. Jedes besteht fortan als selbständige Masse neben dem andern. Jedes hat auch seine besonderen Verwaltungsorgane. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Nachlasses, die bislang den Erben zugestanden hatte (§ 1984), geht in die Hände des die Nachlaß- bezw. Konkursgläubiger vertretenden Nachlaß- bezw. Konkursverwalters über. Ihm steht von jetzt ab auch allein das Recht der Aufrechnung mit Nachlaßforderungen zu. Der Erbe hat mit dem Verluste der Verfügungsgewalt das Recht der Aufrechnung verloren.[6])

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung ändert auch die ursprünglich infolge des Erbfalles eingetretene Schuldhaftung. Für die Nachlaßschulden haftet nur noch der Bestand des Nachlasses, nicht aber das persönliche Vermögen des Erben. Insofern wird also die bisherige Gegenseitigkeit der Forderungen nachträglich wieder aufgehoben.

Aus Gesagtem folgt: Ein Erbe kann mit einer persönlichen Forderung gegen eine Nachlaßschuld aufrechnen und es bleibt auch die erklärte Aufrechnung in Wirksamkeit, wenn später Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung angeordnet wird. Da diesesfalls aber der Erbe der Gläubigerschaft gegenüber für die Zwischenzeit als Beauftragter gilt (§ 1978), so kann er für Aufwendungen, die er in dieser Eigenschaft gemacht hat, Ersatz verlangen. Er kann also so viel beanspruchen, als er zur Tilgung der Nachlaßforderung infolge der Aufrechnung an seiner Forderung eingebüßt hat (§ 1928 Abs. 3). Hat er gegen einen Nachlaßgläubiger mit einer persönlichen Forderung aufgerechnet, so müssen auch in diesem Falle die Gläubiger die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeit gegen sich gelten lassen. Der Erbe kann in gleicher Weise Ersatz verlangen, aber nur insoweit, als er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Befriedigung der Nachlaßforderungen ausreichen würde (§ 1979).

---

[1]) RG. Bd. 38 S. 33.
[2]) RG. Bd. 26 S. 81.
[3]) vgl. den römischen Satz: heres personam defuncti sustinet (l. 34 D. 41, 4).
[4]) vgl. **Kohler** bei Busch Bd. 24 S. 21; **Siber** S. 116.
[6]) So auch **Planck** § 1977 Anm. 5.

Auch ein Nachlaßgläubiger kann einer persönlichen Forderung des Erben gegenüber einseitig kompensieren, da der Erbe zunächst Schuldner der Nachlaßschuld geworden und somit Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben ist. Wird aber in diesem Falle nachträglich Nachlaßkonkurs eröffnet oder Nachlaßverwaltung angeordnet, so macht in diesem Falle das Gesetz eine wichtige Ausnahme, indem es die seitens des Gläubigers erklärte Aufrechnung nachträglich für unwirksam erklärt, und zwar mit dinglich rückwirkender Kraft. Hatte indes der Erbe seine Zustimmung zu der Aufrechnung erteilt, so bleibt sie bestehen, auch wenn die in Rede stehenden, zur Beschränkung seiner persönlichen Haftung dienenden Mittel nachträglich geltend gemacht werden, was durch argumentum a contrario aus § 1977 Abs. 1 gefolgert werden muß.

Auch ein persönlicher Gläubiger des Erben kann mit seiner Forderung gegen eine Nachlaßforderung aufrechnen. Wird indes Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung angeordnet, so wird auch hier, wie im vorhergehenden Falle ausnahmsweise die Aufrechnung mit dinglich rückwirkender Kraft nachträglich unwirksam (§ 1977 Abs. 2).

Haftet aber der Erbe für eine Nachlaßschuld unbeschränkt, so wird auch durch die Eröffnung von Nachlaßkonkurs oder durch die Anordnung einer Nachlaßverwaltung an der Gegenseitigkeit von Forderung und Schuld in der Person des Erben nichts geändert, denn jetzt haftet der Erbe auch mit seinem persönlichen Vermögen. Die vorher erklärte Aufrechnung bleibt wirksam, denn die Anwendbarkeit des § 1977 ist in diesem Falle gemäß § 2013 ausgeschlossen. Es kann auch nachher noch jeder Gläubiger und, wenn der Erbe nur einem Gläubiger gegenüber persönlich haftet, dieser stets gegen ihn aufrechnen, denn ersterenfalls kommen die Vorschriften über die Beschränkung der Erbenhaftung überhaupt nicht in Betracht, letzterenfalls gelten sie gegenüber dem betreffenden Gläubiger nicht (§§ 2013 i. V. m. 1975, 2006 Abs. 3, 2005 Abs. 1 und i. V. m. 2003). Sind die Erfordernisse der Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen in dem Zeitpunkte ihrer Erklärung nicht vorhanden, so ermangelt es an einem gesetzlichen Erfordernis des § 387 und die erklärte Aufrechnung bleibt ohne jede rechtliche Wirkung.

§ 5.

Die Gleichartigkeit der Forderungen.

Aus inneren Gründen folgt — und das Bürgerliche Gesetzbuch hebt dieses Erfordernis auch ausdrücklich hervor —, daß die Kompensabilität der Forderungen durch die Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen bedingt ist, denn nur da tritt in Wirklichkeit die Billigkeit der Aufrechnung ein, wo mit dem Objekte der Gegenforderung die Forderung selbst bezahlt werden kann. Nur so kann, wie Brinz in Bezug auf die römische Kompensation hervorhebt und was auch für unsere Aufrechnung gesagt werden muß, von der Zumutung die Rede sein, daß jedweder sich mit dergleichen Quantität dessen, was er schuldet, anstatt dessen, was er zu fordern hat, begnüge.[1]) Aus der in der Aufrechnung liegenden Befriedigung ergibt sich, daß die Leistungen regelmäßig vertretbar sein müssen, da gleichartig auch Speziesforderungen sein können.[2])

In diesem Sinne sind vornehmlich Geldforderungen kompensabel, auch wenn sie in verschiedenen Münzsorten ausgedrückt sind,[3]) denn die Hinzufügung der Münzsorte dient im Regelfalle nur zur Wertbestimmung der Schuld und soll nicht einen verschiedenartigen Gegenstand bezeichnen. Es steht demgemäß der Aufrechnung nichts entgegen, wenn ein Deutscher

---

[1]) Brinz, Lehrb. der Pand. Bd. 2 S. 425 ff.
[2]) Siber a. a. O. S. 109.
[3]) Schollmeyer § 387 Anm. 1 b.

einem Russen Rubel und dieser dem Deutschen Mark schuldet. Der Russe kann zwar nicht in Rubel zahlen, wohl aber mit seiner in Rubel ausgedrückten Gegenforderung aufrechnen, denn es kommt den Parteien offenbar nur auf den Wertausdruck, nicht aber auf Lieferung einer bestimmten Münzsorte an. Geht indes aus dem Vertrage oder aus den Umständen hervor, daß die Parteien durch die Hinzufügung der Münzsorte nicht lediglich die Höhe der Leistung, sondern die Art derselben haben bestimmen wollen, so kann nur eine auf dieselbe Münzsorte gerichtete Gegenforderung aufgerechnet werden. Ein Münzsammler, der für seine Münzsammlung sich hat Frankstücke versprechen lassen, braucht keine Markstücke anzunehmen und sich darum auch keine Aufrechnung gefallen zu lassen. Aber selbst in diesem Falle wird die Aufrechnung dann möglich, wenn sich die geschuldete Münzsorte zur Zeit der Leistung nicht mehr im Umlaufe befindet (§ 245 BGB.).

Gleichartig sind weiterhin vor allem auch Forderungen auf vertretbare Sachen derselben Art und Qualität, wenngleich hier die Aufrechnung weniger gebräuchlich ist. Leistungen auf dieselbe Art von Getreide, Wein oder Wertpapieren können daher ebenso wie gegenseitige Geldforderungen aufgerechnet werden. Während nun Zugehörigkeit zu derselben Gattung oder Art für die Gleichartigkeit stets erforderlich ist, kann bei Verschiedenheit der Qualität derselben Art unter Umständen gleichwohl Aufrechnung möglich sein. Wer eine Flasche Champagner, Marke „Heidsieck" zu fordern hat und seinerseits eine Flasche geringerer Güte, z. B. Marke „Rotkäppchen" verschuldet, kann gegen seine Schuld aufrechnen. Dahingegen ist die Aufrechnung im umgekehrten Falle unzulässig, da der Gläubiger nicht gehalten ist, anstatt der besseren Sorte eine solche von geringerer Güte als Erfüllung anzunehmen.[1]) Wer eine bestimmte einzelne Sache beanspruchen kann und eine Gattungssache derselben Art schuldig ist, kann gleichfalls mit seiner Speziesforderung aufrechnen, denn er ist befugt, die geschuldete Spezies zu leisten, und der Gläubiger verpflichtet, die Spezies als Erfüllung anzunehmen. Sobald er erklärt, diese bestimmte Sache leisten zu wollen, hat er seinerseits das zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2). Er schuldet von jetzt ab den nämlichen Gegenstand, den er fordern kann und damit ist die Gleichartigkeit der Forderung hergestellt. Die Möglichkeit der Aufrechnung ist aber gegeben, wenn zwei Personen einander ein und denselben Gegenstand verschulden.[2])

Werden auf beiden Seiten Gegenstände derselben Gattung verschuldet, muß aber der eine Teil eine engere, der andere eine weitere Gattung leisten, schuldet z. B. A dem B eine Flasche „Rüdesheimer" und B dem A eine Flasche „Rheinwein", so kann nur die engere Gattung gegen die weitere aufgerechnet werden, im gegebenen Falle kann also nur B gegen A kompensieren.

Auch Forderungen, die auf Vornahme einer gleichartigen Handlung gehen, können kompensabel sein, vorausgesetzt aber, daß die Person des Leistenden ohne Gewicht ist.[3]) A ist beispielsweise verpflichtet, dem B ein Stück Land für die Aussaat zu bestellen, und B hat auch dem A gegenüber eine solche Verpflichtung übernommen. Hier kann jeder Teil die Aufrechnung erklären, wenn die Ausführung der Ackerbestellung auf der einen Seite nicht unter besonders drückenden Umständen erfolgen kann. Trifft dieses zu, so ist dem Erfordernis der Gleichartigkeit nicht genügt. Dasselbe gilt, wenn zwei gleichartige Künstler sich gegenseitig zur Anfertigung eines Tonstückes verpflichtet haben.

---

[1]) Dernburg, Kompensation Bd. 2 S. 485; Siber S. 110 und Weigelin S. 107 wollen dem Schuldner der geringeren und Gläubiger der besseren Qualität nur dann erst die Aufrechnung gestatten, wenn seine Schuld so gemeint ist, daß er mindestens diese Qualität leisten kann und von diesem Rechte, die seiner Forderung entsprechende bessere Sorte zu leisten, Gebrauch gemacht hat.

[2]) Siber S. 109b; Weismann bei Busch Bd. 26 S. 3; s. a. Lang S. 15.

[3]) So Siber S. 110; Schollmeyer § 387 Anm. 1b; für das frühere Recht Dernburg a. a. O. S. 487; a. A. Eisele a. a. O. S. 319ff.

Nicht erforderlich ist, daß die beiderseitigen Leistungen von vornherein gleichartig waren.[1]) Es genügt, daß sie durch spätere Ereignisse diese Eigenschaft erlangt und spätestens im Moment der Aufrechnung besaßen.[2]) Somit werden auch Schadensersatzansprüche, die erst den sekundären Gegenstand der Obligation bilden, kompensabel von dem Zeitpunkt an, wo der Schuldner sich durch Angebot des primären Schuldobjektes nicht mehr gegen den Willen des Gläubigers von der Schuld befreien kann. Es gehören hierher namentlich jene Fälle, wo der ursprüngliche Schuldgegenstand infolge Verschuldens des Verpflichteten oder durch Zufall, für den er haftet, sich in einen Geldanspruch umgewandelt hat. So kann einer Kaufgeldforderung gegenüber die Forderung aus einem Schenkungsversprechen auf Leistung einer Sache zur Aufrechnung gestellt werden, sobald die auf Leistung der Sache gerichtete Forderung in eine Schadensersatzforderung übergegangen ist. Es macht hierbei auch keinen Unterschied, ob die Ersatzforderung auf dinglicher Grundlage beruht. Auch eine solche aus dinglicher Unterlage herstammende Ersatzforderung kann gegen eine auf obligatorischem Grunde beruhende Forderung kompensiert werden.[3]) Demnach kommt hier z. B. der Ersatzanspruch in Betracht, den der Eigentümer einer Sache gegen den Besitzer derselben erlangt, wenn durch sein Verschulden die Sache verschlechtert oder untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989 BGB.). Wegen des in Rede stehenden Grundsatzes ist deswegen auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches im Gegensatze zu dem römischen Rechte von jetzt ab die Aufrechnung gegen die Forderung auf Rückgabe einer hinterlegten Sache zulässig.[4])

Eine Alternativschuld wird in dem Moment aufrechnungsfähig, wo die Wahl zur Leistung vorgenommen wird, vorausgesetzt, daß durch ihre Vornahme die Gleichartigkeit begründet wird (§ 263). Es ist aber möglich, daß Wahl und Aufrechnungserklärung zeitlich zusammenfallen. In diesem Falle enthält die nämliche Erklärung, aufrechnen zu wollen, zugleich den Wahlakt, welcher die Forderungen gleichartig macht. Jedoch tritt die Wirkung der vollzogenen Aufrechnung hier stets erst gemäß § 389 mit dem Augenblicke der Wahlvornahme ein. Sie wird nicht etwa nach dieser Gesetzesbestimmung auf einen früheren Zeitpunkt zurückgezogen, wozu der § 263, wonach die nachträglich gewählte Leistung als von Anfang an geschuldet gilt, möglicherweise führen könnte. Denn die in § 389 sanktionierte Rückwirkung bezieht sich auf den Zeitpunkt des ersten kompensablen Gegenübertretens; kompensabel sind aber die Leistungen erst infolge der vorgenommenen Wahl geworden.[5])

Forderungen, die an verschiedenen Orten oder zu verschiedenen Zeiten erfüllt werden müssen, sind an sich ungleichartige Größen. Es ist durchaus nicht dasselbe, wenn eine Lieferung Getreide im Frühjahr in Berlin oder zu Herbst in München erfolgen soll. Das Bürgerliche Gesetzbuch macht hier aber wie auch schon das römische Recht[6]) bei Verschiedenheit der Leistungs- oder Ablieferungsorte eine Ausnahme und läßt die Aufrechnung zu, verpflichtet aber den aufrechnenden Teil, dem Gegner allen Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder erfüllen kann; und zwar ist ihm jeder Nachteil zu ersetzen, nicht bloß die Transportkosten nach

---

[1]) vgl. auch § 393.

[2]) ROHG. Bd. 7 Nr. 20; Planck § 387 Anm. 1c; Oertmann § 387 Anm. 1b; Schollmeyer a. a. O.; Dernburg a. a. O. S. 492ff; Lang a. a. O. S. 14.

[3]) vgl. l. 14 pr. C. 4, 31; § 30 I de act. 4, 6; Eisele a. a. O. S. 323ff.; Dernburg a. a. O.

[4]) l. 11 C. 4, 34. Hier war selbst keine Aufrechnung möglich beim depositum irregulare, wo begrifflich Gleichartigkeit der Forderungen möglich ist. „Nullam compensationem vel nullam deductionem vel doli exceptionem opponat."

[5]) Weismann bei Busch Bd. 26 S. 3; Schollmeyer § 387 Anm. 1b.

[6]) vgl. l. 15 D. 16, 2; Windscheid a. a. O. S. 332 § 350 Nr. 3; ALR. I, 16 §§ 346, 350, 351; RG. Bd. 11 S. 303; Mot. a. a. O. S. 105.

dem Ablieferungs- oder Erfüllungsorte.[1]) Hat sonach der Aufrechnungsgegner seinem Kontrahenten, dem er wegen der Aufrechnung nicht rechtzeitig leisten kann, eine Konventionalstrafe zu zahlen, so ist der aufrechnende Teil auch zu deren Ersatz dem Gegner gegenüber verpflichtet. Jedoch findet seine Ersatzpflicht ihre Grenze in § 254, wonach für diese überhaupt sowie für die Höhe des zu entrichtenden Schadens zu Gunsten des Aufrechnenden ein den Schaden mitverursachendes Verschulden des Gegners in Betracht kommt.[2]) Hat hiernach dieser unterlassen, den aufrechnenden Teil auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte noch kennen mußte, so hat er keinen Anspruch auf Ersatz der Vertragsstrafe, falls diese außerordentlich hoch ist. Unter Umständen muß schon darin ein Verschulden des Gegners erblickt werden, daß er unterlassen hat, bei dem anderen Teile anzufragen, ob er aufrechnen wolle oder nicht.

Ist aber vereinbart, daß die Leistungen genau an einem bestimmten Orte erfolgen sollen, so ist anzunehmen, daß die Parteien eine reale Erfüllung im Auge hatten und die Aufrechnung mit einer Forderung ausschließen wollten, für die ein anderer Leistungsort besteht. Diese Bestimmung enthält indes nur eine unverbindliche Auslegungsregel. Es können immerhin Umstände vorliegen, aus denen gleichwohl die Zulassung der Aufrechnung gefolgert werden kann. Jedenfalls ist in einem solchen Falle stets der aufrechnende Teil dafür beweispflichtig, daß der Parteiwille ein anderer war, wie ihn das Gesetz vermutet.

Ist die Art und der Zweck der Leistung ein verschiedener, so ist noch nicht ohne Weiteres eine Ungleichartigkeit der Forderungen gegeben.[3]) Aber es muß — und darin stimmen wir Weigelin bei[4]) — in diesen Fällen angenommen werden, daß die Parteien stillschweigend die Aufrechnung haben ausschließen wollen. In dieser Hinsicht sind verschiedene Fälle in der Praxis zur Entscheidung gelangt. Aus dem genannten Grunde hat das Reichsgericht einen in Wechsel verbrieften Anspruch und einen Anspruch auf Gewährung weiterer Barvorschüsse zwecks Begründung einer Darlehensobligation als ungleichartig und zur Aufrechnung ungeeignet erklärt.[5]) Desgleichen kann auch ein Anspruch auf Gewährung eines zugesagten Darlehens der Forderung auf Zahlung eines Kaufpreises gegenüber nicht aufgerechnet werden.[6]) Ebenso ist Ungleichartigkeit der Forderungen angenommen worden, wenn der eine Teil ein infolge einer Bereicherung erlangtes Forderungsrecht und der andere eine bare Geldforderung hat.[7])

Forderungen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind, müssen als ungleichartig angesehen werden, da ein beiderseitiges Zuwiderhandeln nie denselben Erfolg hat, wie ein beiderseitiges Unterlassen.[8]) Die Kompensabilität der fraglichen Ansprüche muß aber auch verneint werden, wenn man in Abrede stellt, daß der Inhalt der Verpflichtung zu einer Unterlassung sich als eine vom Schuldner zu erbringende „Leistung" im Sinne des § 387 charakterisiert[9]) und die „Erfüllung" solcher Ansprüche negiert.[10]) Folgen wir weiterhin Thon darin, daß der negativen Obligation eine auf Befriedigung hinzielende Tendenz fremd ist,[11]) so ist auch aus dieser Erwägung die Aufrechnung von Forderungen unmöglich, die eine Unterlassung zum Inhalte

---

[1]) So die II. Kommission, s. Prot. II S. 372.

[2]) Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten S. 108; a. A. Cohn, Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 109.

[3]) A. A. Planck § 387 Anm. 1e; RG. Bd. 6 S. 27.

[4]) Weigelin a. a. O. S. 105.

[5]) RG. vom 15. 10. 1902 Bd. 52 S. 306.

[6]) Landgericht Heidelberg 27. 3. 1901; bad. Rechtsprax. 1901 S. 164 f.

[7]) OLG. Karlsruhe, bad. Rechtsprax. 1904 S. 39.

[8]) Siber S. 110; Hellwig, Lehrb. des Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 201 N. 4, S. 221 N. 47.

[9]) Kohler in Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 S. 263 und Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 179 f.

[10]) Über die Streitfrage, ob auf Unterlassen gerichtete Ansprüche „erfüllbar" sind, vgl. statt aller Kretzschmar, Die Erfüllung I S. 137 f.

[11]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 195 f., 200 f.

haben, da die Aufrechnung, wie später gezeigt wird, ihrer inneren Wesensstruktur nach Befriedigung des Gläubigers bedeutet. Daß auch die im absoluten Recht wurzelnden, auf Unterlassen gerichteten Ansprüche gegen jedermann keine Aufrechnung zulassen, ist gleichfalls einleuchtend.[1]) Ebenso können auch Forderungen, die nur ideale Zwecke verfolgen und keinen Vermögenswert repräsentieren, nicht zur Aufrechnung dienen.[2]) Es verpflichtet sich z. B. A dem B gegenüber, dessen Tochter Unterricht in der Tanzstunde zu geben, sie in die Gesellschaft einzuführen, wohingegen B dieselbe Verpflichtung bezüglich der Tochter des A übernimmt. Oder es verspricht jeder, in der von dem anderen abgehaltenen Versammlung Vorträge über die Entwicklung der Flotte und Marine zu halten oder auf Parteitagen durch Reden für die Wahl des anderen zum Abgeordneten einzutreten und dergl.

Ist über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden, so gelten Besonderheiten hier insofern, als auch ungleichartige Forderungen des Gläubigers zur Aufrechnung verwendet werden können. Es tritt aber nicht etwa mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine Umwandlung aller ungleichartigen Ansprüche in gleichartige ein, sondern es wird gemäß § 69 KO. jede nicht auf einen Geldbetrag gerichtete Forderung des Konkursgläubigers zwecks schnellerer Erledigung des Verfahrens schätzungsweise in Geld berechnet, und der Anteil des Gläubigers an der Masse festgestellt. Der Aufrechnung steht sodann kein Hindernis mehr im Wege. Dahingegen bleibt die Unmöglichkeit der Aufrechnung bestehen, wenn die Forderung des Gemeinschuldners nicht auf Geld gerichtet ist.[3])

Wird eine Aufrechnungserklärung abgegeben, ohne daß die beiderseitigen Leistungen gleichartig sind, so ist die Aufrechnung mangels einer gesetzlichen Voraussetzung unwirksam.

Wie bereits hervorgehoben, ist für das Bürgerliche Gesetzbuch ohne Bedeutung, ob die zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus demselben oder aus verschiedenen Rechtsgründen herrühren. Das römische Recht zeigt hier insofern eine Abweichung, als es anfänglich die Aufrechnung nur mit solchen Forderungen zuließ, die ex eadem causa stammten.

Auch das Erfordernis der Liquidität der Forderungen ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt. Für das gemeine Recht war diese Frage Gegenstand von lebhaften Meinungskämpfen, welche Justinian durch die in der l. 14 C. 4, 31 eingeführte Bestimmung veranlaßt hatte, nach welcher Bestimmung die Zulassung der Kompensation von der Liquidität der aufzurechnenden Forderung abhängig sein sollte. Man stritt sich darüber, ob absolute oder nur relative Liquidität gegeben sein müsse, ob diese ein Begriff des materiellen oder des formellen Rechtes sei. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat durch sein Schweigen die letzte Streitfrage in erster Hinsicht verneint, in letzter Beziehung unentschieden gelassen.[4])

---

[1]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerl. R. S. 113f.

[2]) Siber a. a. O.

[3]) Jäger § 54 Anm. 13.

[4]) Betreffs der Liquidität vgl. Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 553; Windscheid a. a. O. S. 333 Nr. 5 Anm. 13; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen ZR. Bd. 3 S. 413f.; Krug, Lehre von der Kompensation S. 232ff.; Fuhr in Schunks Jahrbüchern Bd. 27 S. 235f.; Dernburg a. a. O. S. 554f.; Schwanert, Die Kompensation nach röm. Recht S. 50f. Jedoch ist die Frage der Liquidität sowie der Konnexität von Bedeutung für das prozessuale Verfahren. Nach § 145 ZPO. kann nämlich das Gericht zwecks Vermeidung einer Prozeßverschleppung beim Vorschützen einer Gegenforderung — einerlei ob sie mittels Einrede oder mittels Widerklage geltend gemacht wird — über den Klageanspruch, sowie über die Gegenforderung Verhandlung „in getrennten Prozessen" anordnen, wenn die Gegenforderung mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Wenn weiterhin mittels Einrede die Kompensation einer nicht konnexen Gegenforderung geltend gemacht wird, die noch nicht zur Entscheidung reif ist, während der Klageanspruch bereits feststeht, so kann das Gericht unter „Trennung der Verhandlungen" gemäß § 302 ZPO. über diesen durch Teilurteil vorweg entscheiden und in diesem Urteile dem Beklagten seine Rechte bezüglich der nunmehr den Gegenstand des fortgesetzten Prozesses bildenden Gegenforderung vorbehalten. „Diesem Teilurteil folgt sodann ein Schlußurteil, welches die Einrede der Kompensation als unbegründet oder unter Aufhebung des Teilurteils

§ 6.

Abwesenheit von Aufrechnungsverboten. Insbesondere das Verbot der Aufrechnung gegen Lohnforderungen.

Unter Umständen ist selbst beim Vorliegen der in den vorhergehenden Paragraphen erörterten Voraussetzungen die Aufrechnung unzulässig. Das Gesetz verbietet sie in gewissen Fällen. Es verbietet aber nur die Aufrechnung gegen gewisse Forderungen; es bleiben diese daher aktiv zur Kompensation geeignet. Schon das römische Recht hatte, praktischen Erwägungen folgend, bestimmt, daß der Forderung aus einem depositum keine Aufrechnung opponiert werden könne, selbst wenn es sich um ein depositum irregulare handelte.[1]) Auch das allgem. Landrecht sowie der code civil hatten diese Aufrechnungsbeschränkung aufgenommen.[2]) Das römische Recht verbot weiterhin die Aufrechnung gegenüber Forderungen auf Rückgabe dessen, was jemand durch eine widerrechtliche Besitzergreifung erlangt hatte.[3])

1. Auf letzteren Grundsatz hat zweifelsohne auch das Bürgerliche Gesetzbuch zurückgegriffen, indem es unter Verallgemeinerung des dort ausgesprochenen Prinzips die Bestimmung aufstellte:

„Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.“ [4])

Es soll verhindert werden, daß der Beschädiger von seiner Ersatzpflicht durch das bequeme Mittel der Aufrechnung sich befreien kann. Es würde keine Sühne, sondern nur einen „Freibrief“ für eine böse Tat bedeuten, wenn er mit „dem blauen Auge der Aufrechnung davon kommen könnte“.[5]) Beim Fehlen dieser Bestimmung könnte auch der Gläubiger seinem Schuldner einfach gewaltsam einen im Werte seiner Forderung gleichkommenden Betrag entreißen und dem Rückforderungsanspruch einfach die Aufrechnung entgegensetzen. Es würde dadurch der Selbsthilfe der weiteste Spielraum gelassen sein. Daß ein solcher Rechtszustand aber zu Unträglichkeiten führen müßte, liegt auf der Hand.

Was unter „unerlaubter Handlung“ zu verstehen ist, bestimmen die §§ 823 ff. BGB. Es sind gewisse Tatbestände, bei deren Vorliegen das Gesetz dem Beschädigten einen Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens gewährt. Daß die schädigende Handlung den Charakter der Strafbarkeit besitzt, ist nicht erforderlich, wenngleich jede strafbare Handlung stets eine unerlaubte sein wird.

Die Aufrechnung ist aber nur gegenüber dem Anspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zulässig. Fällt dem Schädiger bloße Fahrlässigkeit zur Last, so steht der Aufrechnung dem Ersatzanspruche gegenüber nichts im Wege. Darum kann gegen den Anspruch auf Buße nicht kompensiert werden, es sei denn, daß ein in fahrlässiger Weise verübtes Delikt, z. B. fahrlässige Körperverletzung, in Frage steht (§ 231 StGB.), in welch letzterem Falle die Aufrechnung wieder zulässig ist.[6])

Gegen den aus vorsätzlicher Verletzung einer Vertragspflicht herrührenden An-

---

die Klage als durch die Einrede beseitigt abweist“ (Stölzel a. a. O. S. 49 ff. und 57). Dagegen findet bei konnexen Forderungen die Trennungsbefugnis des Gerichts keine Anwendung, selbst dann nicht, wenn die Gegenforderung liquide, die Klageforderung aber illiquide ist.

[1]) l. 11 C. 4, 34.

[2]) ALR. I, 16 § 364; code civil art. 1293 N. 2 in Verb. mit 1917.

[3]) l. 14 § 2 C. 4, 31: possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

[4]) § 393.

[5]) Lippmann, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 532.

[6]) Lippmann a. a. O. S. 536 Anm. 105 läßt in diesem Falle die Aufrechnung einer Gegenforderung zu, wenn die Buße im Zivilprozeßwege geltend gemacht wird, sonst a. A.; vgl. auch Kohler bei Busch Bd. 24 S. 46 f.

spruch kann jedoch stets kompensiert werden. Erfüllt indes diese Verletzung gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so ist die Aufrechnung wiederum ausgeschlossen,[1]) selbst wenn die Forderung aus demselben Rechtsverhältnisse herstammt,[2]) eine Konsequenz, die unter Umständen als hart und drückend empfunden werden muß. Es hat z. B. der Vermieter gegen den Mieter wegen vorsätzlicher Beschädigung der Mietsache Klage erhoben. Der Mieter kann hier nicht einmal eine Gegenforderung aus dem Mietverhältnisse compensando geltend machen. Wie unbillig in diesem Falle die Aufrechnungsbeschränkung für den Mieter sein muß, erhellt vor allem, wenn die Gegenforderung sich auf chikanöse Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache durch den Vermieter zurückführt. Die Zulassung der Aufrechnung in diesem und ähnlichen Fällen dürfte der Billigkeit, der das Institut der Aufrechnung überhaupt seine Berechtigung verdankt, mehr entsprechen.[3])

Die tief eingreifende Wirkung des § 393 zeigt sich besonders, wenn der ersatzpflichtige Gläubiger solvent, der Ersatzberechtige und Gegengläubiger aber zahlungsunfähig ist oder in Konkurs gerät. Der Gläubiger muß diesesfalls sein bares Geld hergeben, event. in die Konkursmasse einzahlen, in dem sicheren Bewußtsein, für seine Forderung nicht befriedigt zu werden, oder sich höchstens mit der Konkursdividende begnügen zu müssen.

Es eröffnet sich jedoch für den Gläubiger ein Ausweg, der ihn, wenn auch auf umständliche Weise, doch zu seinem Rechte verhilft. Es steht nichts im Wege, daß der Gläubiger die Ersatzforderung seines Schuldners, welche dieser gegen ihn hat, sich pfänden und überweisen läßt, da das Gesetz keine Bestimmung enthält, inhaltsderen eine aus vorsätzlich begangenem Delikt herrührende Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist. Es kann also der Gläubiger die eigene Schuld pfänden und eventl. sich an Zahlungsstatt überweisen lassen. Hat er von diesem Rechte Gebrauch gemacht, so ist er gemäß § 835 Abs. 2 ZPO. hinsichtlich seiner Forderung insoweit als befriedigt anzusehen, als die gepfändete Forderung auf ihn übergeht, oder was dasselbe heißt, es sind dieselben Wirkungen eingetreten, wie sie durch eine ausdrückliche Aufrechnungserklärung herbeigeführt werden.

Stehen auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlungen, so gilt für jeden Teil die Beschränkung des § 393. Die Aufrechnung ist also für beide ausgeschlossen.[4])

2. Ein Aufrechnungsverbot von der weittragendsten Bedeutung enthält sodann das Bürgerliche Gesetzbuch im § 394 Satz 1, der bestimmt:

„Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt."

Welche Forderungen unpfändbar und inwieweit sie der Pfändung nicht unterliegen, bestimmt nun teils das Bürgerliche Gesetzbuch selbst z. B. im § 377, teils die Zivilprozeßordnung in den §§ 850 bis 852, teils eine Reihe anderer Reichsgesetze.[5])

Es sind grundsätzlich solche Forderungen, die schon ihrer Natur nach spezifischen Zwecken bestimmt sind und wegen ihrer ökonomischen Bedeutung eines besonderen Schutzes bedürfen gegenüber Einwirkungen Dritter, die ihrerseits für Forderungen an die Berechtigten sich Befriedigung verschaffen wollen. Als solche schutzbedürftige unpfändbare Forderung kannte das römische Recht den auf Unterhalt gerichteten Anspruch.[6]) Auch die Praxis des gemeinen Rechtes hat im Gegensatze zu dem teilweise in der Theorie vertretenen Standpunkte dieses überwiegend angenommen. Für das heutige Recht ist die Unpfändbarkeit der fraglichen Forderung in § 850

---

[1]) vgl. Oertmann § 393; Schollmeyer ebenda.
[2]) Weismann bei Busch Bd. 26 S. 15.
[3]) l. 36 D. 26, 7.
[4]) Schollmeyer a. a. O.
[5]) s. die bei Planck § 394 Anm. 1 Aufgeführten.
[6]) Freilich beruht die allgemeine Unstatthaftigkeit nicht auf der l. 3 C. 4, 31, wie verschiedentlich angenommen ist; vgl. darüber Dernburg, Kompensation 519.

Ziff. 2 ZPO. ausgesprochen. Die Aufrechnung gegen eine solche Forderung steht somit gleichfalls außer Zweifel. Es macht keinen Unterschied hierbei, ob die Alimentationsforderung gerichtlich, durch Urteil, oder vertragsmäßig festgestellt ist.[1])

Durch die Bestimmung des § 394 hat das Bürgerliche Gesetzbuch vor allem — und darin muß ein außerordentliches Verdienst des Gesetzes erblickt werden — mit einem Machtwort dem bisherigen Streite ein Ende bereitet, ob gegen die Forderung des Arbeiters auf Zahlung des Arbeits- oder Dienstlohnes aufgerechnet werden könne. Es soll dieser Frage wegen ihrer einschneidenden Bedeutung für unser wirtschaftliches Leben einige Aufmerksamkeit gewidmet werden. Eine Erörterung aller einschlägigen Fragen muß freilich unterbleiben, da diese über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde. Es sollen nur die wichtigsten Momente hervorgehoben werden.

Als der Gesetzgeber in dem Gesetze vom 21. 6. 1869 (Lohnbeschlagnahmegesetz) den Grundsatz der Unpfändbarkeit des Arbeits- und Dienstlohnes ausgesprochen, hatte er damit anerkannt, daß in der Vergütung für die geleistete Arbeit nicht nur eine Vergütung gewöhnlicher Art, in dem Arbeitsvertrage nicht nur eine Form der mannigfachsten gegenseitigen Verträge zu erblicken sei, daß vielmehr in dem Arbeitsvertrage ein Vertrag vorliege, der wegen des persönlichen Charakters der Arbeitsleistung und der wirtschaftlichen Bedeutung des Arbeitslohnes eine Sonderstellung einnehmen müsse. Der Lohn ist nicht lediglich Gegenleistung für Arbeit, er bildet vielmehr die Grundlage für die gesamte wirtschaftliche Existenz des Arbeiters und seiner Familie. Seine Beschlagnahme raubt dem Arbeiter die Arbeitslust und Arbeitsfreude und liefert ihn sowie seine Familie der Not und dem Elend aus. Da es aber hinsichtlich dieser Wichtigkeit des Lohnes für den Arbeiter nur einen schwachen Schutz bedeutet, wenn dieser nur gegen eine gerichtliche Beschlagnahme gesichert ist, da sein Gegengläubiger und Arbeitsgeber noch immer zu demselben Ziele, und zwar auf bequemerem Wege, nämlich durch Aufrechnung gelangen kann, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch, von sozialpolitischen Gründen geleitet, aus dem Lohnbeschlagnahmegesetze die weitere Konsequenz gezogen und im § 394 den Grundsatz aufgestellt, daß auch die Aufrechnung gegen den Arbeits- und Dienstlohn ausgeschlossen sein soll, soweit der Lohn nicht gepfändet werden kann.[2])

Der § 850 Ziff. 1 ZPO. bestimmt nun, daß der Pfändung nicht unterworfen sein soll „der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. 6. 1869". Es muß daher auf den Inhalt dieses Gesetzes eingegangen werden.

Dieses Gesetz verbietet in § 1 i. V. m. § 4 Ziff. 2 die Beschlagnahme der für Arbeiten

---

[1]) Rechtspr. der OLG. Bd. 7 S. 317.

[2]) Die vielfach vertretene gegenteilige Meinung, daß schon vor dem BGB. ein solches allgemeines Aufrechnungsverbot bestanden habe, kann nicht gebilligt werden. Einige suchen dieses aus dem Wortlaut des § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes, so vor allem Oertel (die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber Lohnansprüchen aus einem Arbeits- und Dienstverhältnis, im Arch. f. sächs. bürgerl. R. und Prozeß Bd. 8 S. 670 ff.), andere aus der Unpfändbarkeit der Forderung zu folgern (so bayerisches oberstes Landesgericht in Seuff. Arch. Bd. 39 S. 144). Andere wiederum behaupten, der § 115 Abs. 2 GewO. schließe ein Aufrechnungsverbot in sich, so Soetbeer in „Gewerbegericht" Bd. 2 S. 34 und 5 S. 62; RG. in Straff. Bd. 26 S. 208; Stadthagen, Das Arbeiterrecht S. 98. Auch diese Ansicht ist unzutreffend. Abgesehen davon, daß der Begriff „Barzahlung" streitig ist (vgl. hierüber Wallroth, Das Verbot der Aufrechnung gegen Lohnforderungen S. 19) spricht der Grundgedanke des § 115, der sich gegen das sogen. Trucksystem richtet, gegen diese Auffassung. Weiterhin beweist ihre Unrichtigkeit der § 116 GewO., welcher den Arbeitern, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise befriedigt sind, gestattet, jederzeit Zahlung nach Maßgabe des § 115 zu verlangen, „ohne daß ihnen eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann." Würde § 115 ein Aufrechnungsverbot enthalten, so ist nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber hier nicht einen darauf hinzielenden Zusatz gemacht hat.

und Dienste geleisteten Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar), einerlei, ob sie nach Zeit oder Stück berechnet wird, unter folgenden Voraussetzungen:

a) Die Arbeiten oder Dienste müssen auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, das die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Diese Stetigkeit des Arbeitsverhältnisses trifft insbesondere beim Fabrikarbeiter zu, und wie Sinzheimer und Lotmar mit Recht annehmen,[1]) auch bei den Arbeitern, die für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätten der letzteren mit der Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind, den sogen. Heimarbeitern. Diesesfalls darf der Heimarbeiter aber nicht bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt sein, denn sonst nimmt das Dienstverhältnis bei einem seine Erwerbstätigkeit nicht vollständig in Anspruch und die Voraussetzung des § 394 BGB. i. V. m. § 850 Ziff. 1 ist nicht gegeben.[2]) Es fallen darum unter dieses Gesetz auch nicht Personen, die in der Hauptsache nicht vom Lohnerwerb in dem betreffenden Gewerbe leben, sondern daneben noch andere Erwerbsquellen haben. Wer eine Aushilfsarbeit übernimmt, um seine frühere Schuld zu bezahlen, muß sich also die Aufrechnung des Arbeitgebers gefallen lassen.[3])

b) Die Leistung der Arbeiten oder Dienste muß erfolgt sein. Damit spricht das Gesetz den gesunden Rechtsgedanken aus, daß nur der erarbeitete, verdiente Lohn des gesetzlichen Schutzes wert ist. Sofort erhebt sich hier die Frage, ob der Lohn, den das Gesetz dem Arbeiter auch bei unverschuldeter Nichtleistung zubilligt, als von der Pfändung ausgeschlossen und von der Wohltat des § 394 nicht betroffen zu erachten ist; denn von diesem Lohn kann nicht gesagt werden, daß er „verdient", „erarbeitet" ist. Diese Frage muß als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend verneint werden.[4]) Wenn das Gesetz selbst ohne Leistung einen Lohnanspruch gibt, so will es eben die Sachlage so ansehen, als hätte der Arbeiter seine Arbeitsleistung erfüllt. Es darf darum, wie Frankenberg mit Recht betont, auch der Pfändung gegenüber nicht ängstlich unterschieden werden, wie viel im Einzelfalle verdient ist oder nicht, geht doch auch das Gesetz von dem Grundsatze aus: minima non curat praetor. Es ist daher nur konsequent, sowohl im Falle des § 615[5]) als auch §§ 616 und 649[6]) die Arbeitsleistung als erfolgt anzusehen und die Pfändung und Aufrechnung auch gegenüber diesen Ansprüchen für unstatthaft zu erklären.

c) Der Tag, an dem die Vergütung zu entrichten war, darf nicht abgelaufen sein, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat. Beim Fehlen dieser Bestimmung würde vor diesem Termine sowohl die Beschlagnahme als auch die Aufrechnung möglich sein, denn der Arbeitgeber ist ja gemäß § 271 BGB. schon vorher zur Leistung berechtigt und somit auch nach § 387 BGB. zur Kompensation befugt. Der Gesetzgeber wollte aber verhindern, daß lediglich der Arbeitsherr darüber befinden könne, den Lohnanspruch durch Zahlungsunterlassung pfändbar und kompensabel zu machen. Darum erklärte er auch nach Ablauf des Zahltages die Pfändung und Aufrechnung erst dann für zulässig, wenn der Arbeiter es unterlassen, bis zu diesem Tage seinen Lohn einzufordern. Es liegt somit allein in der Hand des Arbeiters, eine eventuelle Aufrechnung seines Arbeitsherrn durch rechtzeitiges Einfordern seines Lohnes zu verhindern.

d) Der Gesamtbetrag der Vergütung darf die Summe von 1500 Mk. nicht übersteigen.

---

[1]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 40; Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs S. 403.
[2]) Gewerbegericht Berlin, Baum, Handb. f. Gewerbegerichte S. 377; v. Schulz u. Schalhorn, Gewerbegericht S. 281.
[3]) Gewerbegericht Stuttgart bei Baum a. a. O. S. 376.
[4]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 462.
[5]) vgl. auch Sinzheimer a. a. O. S. 42; Frankenberg im „Gewerbegericht" V S. 168; Sigel ebenda VI S. 30; und OLG. Kolmar in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 46 S. 491; für § 615 trotzdem a. A. Frankenberg.
[6]) Hier muß natürlich eine dauernde Arbeitsverbindung vorliegen.

Hierdurch ist dem Arbeiter ein Existenzminimum gesichert, das ihm keinesfalls durch Pfändung und Aufrechnung entzogen werden kann. Der überschießende Betrag ist aber der Pfändung und Aufrechnung unterworfen.

Beim Vorliegen der hier erörterten Voraussetzungen ist die Aufrechnung gegenüber dem Arbeits- und Dienstlohn verboten. Hat der Arbeitgeber trotzdem die Aufrechnung erklärt, so ist diese gemäß § 134 BGB. nichtig. Der Arbeitgeber kann sich auf eine Unkenntnis dieses Verbotes nicht berufen. Da er für Fahrlässigkeit haftet (§ 276 BGB.), mußte er die „für Verhältnisse gerade dieser Art erforderliche Sorgfalt" anwenden[1]) und sich über seine Schuldnerpflichten genau unterrichten. Die Lohnzahlung ist aber ein so alltägliches Vorkommnis, daß von einem entschuldbaren Irrtume nicht die Rede sein kann. Der Arbeitgeber hat darum im Augenblicke der Aufrechnung die ihm obliegende Leistung nicht erfüllt und ist demgemäß, wenn er am Verfalltage die Auszahlung weigert, in Leistungsverzug geraten. Er hat infolgedessen dem Arbeiter den Lohnbetrag mit 4 % zu verzinsen (§ 288) und ihm allen durch die Vorenthaltung des Lohnes entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286 BGB.). Ob der Arbeitsherr oder ein Angestellter von ihm die Aufrechnung erklärt und dem Arbeiter den Lohn vorenthalten hat, ist für die Schadensersatzpflicht des ersteren natürlich gleichwertig, da er für das Verschulden seiner Angestellten wie für eigenes Verschulden einstehen muß (§ 278). Auf die dem Arbeiter im Aufrechnnngsfalle des Arbeitsherrn zustehenden sonstigen Rechte, insbesondere Kündigungs- und Rücktrittsrechte (vgl. § 124 GewO. und § 326 BGB.) kann hier nicht näher eingegangen werden.[2])

Der § 394 schützt aber, wie ausdrücklich betont werden muß, nur die Lohnforderung. Eine Schadensersatzforderung, die der Arbeiter gegen den Arbeitsherrn hat, ist dieser Vorschrift nicht unterworfen und daher kompensabel, vorausgesetzt, daß die Schadensersatzforderung nicht aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Arbeitsherrn herrührt, in welchem Falle die oben erörterten Grundsätze hier angewandt werden müssen. Ist demgemäß der Arbeitgeber dem Arbeiter wegen Verletzung der ihm nach § 618 BGB. hinsichtlich des Lebens und der Gesundheit des Arbeiters obliegenden Verpflichtung ersatzpflichtig, so kann dieser Schadensersatzforderung gegenüber kompensiert werden. Denn eine Schadensersatzforderung kann nie der Ersatz von Arbeit sein, somit sich nicht als eine „Vergütung" darstellen, welche begrifflich eine Gegenleistung voraussetzt.[3])

Wir haben gesehen, daß bei unverschuldeter Nichtleistung der Arbeit das Gesetz gleichwohl diese als erfolgt ansieht und darum sowohl Pfändung wie Aufrechnung auch dieses Anspruchs ausschließt. Nunmehr muß die Frage geprüft werden, wie sich die Aufrechnungsbefugnis des Arbeitgebers gestaltet, wenn der Arbeiter in böswilliger Absicht seiner Verpflichtung nicht nachkommt, also entweder die Arbeit vor Ablauf des Vertrages einstellt oder die Arbeit überhaupt nicht antritt. Kann hier der Arbeitsgeber die Schadensersatzforderung, die ihm gegen den Arbeiter zusteht — es kommt nur der Fall in Betracht, daß die Nachleistung unmöglich wird — gegen die Lohnforderung des Arbeiters aufrechnen? Denn unstreitig wird die Lohnforderung durch verschuldete Unmöglichkeit des Arbeiters nicht beseitigt.[4])

a) Der Arbeiter hat die Arbeit eingestellt. In diesem Falle hat er seine Verpflichtung nur teilweise erfüllt. Die Frage ist nun, hat die teilweise Erfüllung für den Arbeitgeber Interesse oder nicht (§ 325 Abs. 2 BGB.).

---

[1]) Oertmann § 276.

[2]) vgl. Lotmar a. a. O. S. 245; Sinzheimer a. a. O. S. 50; Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerl. R. S. 296.

[3]) Sinzheimer a. a. O. S. 43; S. Meyer, das Recht der Beschlagnahme S. 42; a. A. Staub, Komm. z. HGB. 6. u. 7. Aufl. Bd. 1 S. 259 zu § 59 Anm. 34.

[4]) vgl. Titze a. a. O. S. 138 Anm. 35 und die dort angegebene Literatur; Sinzheimer S. 59.

Im ersteren Falle steht dem Arbeiter der Lohn wegen der bewirkten Teilleistung zu. Es kann daher gemäß § 394 hinsichtlich dieser Teillohnforderung nach den obigen Ausführungen von einer Aufrechnung nicht die Rede sein.

Hat die teilweise Erfüllung für den Arbeitgeber kein Interesse, so ist die Sachlage eine andere, je nachdem er gemäß § 280 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit beansprucht oder von dem ihm nach § 325 Abs. 1 zustehenden Rücktrittsrechte Gebrauch macht.

Verlangt der Arbeitgeber Schadensersatz, so soll gemäß § 280 Abs. 2 dieser Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts behandelt werden (§§ 346—356). Die Parteien sind danach zur Rückerstattung der empfangenen Leistungen verpflichtet, und zwar ist für die geleisteten Dienste der Wert zu ersetzen. Es tritt infolgedessen, wie Stammler ausführt,[1]) an Stelle des Arbeitsverhältnisses ein neues Schuldverhältnis, dessen Inhalt ein wesentlich anderer ist. Der dem Arbeiter ursprünglich wegen der bewirkten Teilleistung zustehende Lohnanspruch verwandelt sich nämlich sofort in einen Anspruch auf Rückgabe des Wertersatzes der geleisteten Teilarbeit, in eine condictio sine causa, welcher Anspruch von dem das Vorliegen einer Gegenleistung bedingenden Vergütungsanspruch durchaus verschieden ist. Denn Werterssatz ist nie Lohn für geleistete Dienste. Daraus folgt, daß für den Anspruch des Arbeiters infolge seiner rechtlichen Umwandlung das Lohnbeschlagnahmegesetz unanwendbar geworden ist und auch der § 394 seine Kraft verloren hat. Es steht sonach der Aufrechnung des Arbeitgebers kein Hindernis im Wege.

Wesentlich anders gestalten sich die Rechtsfolgen, wenn der Arbeitgeber von dem beim Vorliegen desselben Tatbestandes gemäß § 325 ihm zustehenden Rücktrittsrechte Gebrauch macht. In diesem Falle liegt überhaupt keine Aufrechnung vor. Der § 325 gibt nämlich denselben Schadensersatzanspruch für den Fall, daß die teilweise Erfüllung „des Vertrages", d. h. teilweise Erfüllung der Gegenleistung gegen eine eigene Teilleistung für ihn ohne Interesse ist. Teilweise „Erfüllung" und teilweise Erfüllung „des Vertrages" sind grundverschiedene Begriffe. Es ist möglich, daß dem Arbeitgeber die teilweise „Erfüllung", d. h. die bloße Gegenleistung von Interesse ist, daß indes ein Interesse an der Erfüllung „des Vertrages" nicht vorliegt. Ein solcher Mangel des Interesses liegt z. B. schon deshalb vor, weil die Erfüllung des Vertrages auch ihm die Bewirkung der nichtkompensablen eigenen Leistung auferlegt. Es kann also für diesen Fall durchaus nicht von einer „entsprechenden" Anwendung der §§ 346 ff. die Rede sein. Wir erhalten also die Rechtslage, daß der Arbeitsgeber Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen kann, ohne zur Bewirkung der eigenen Leistung gezwungen zu sein, d. h. Leistung und Gegenleistung verfallen, und an ihre Stelle tritt ein einseitiger Interesseanspruch des Arbeitsherrn, „gerichtet auf die Zahlung der Differenz zwischen den Werten beider Leistungen abzüglich des etwa weitergehenden positiven Vertragsinteresses".[2])

Es ist einleuchtend, daß das ausnahmslos geltende Aufrechnungsverbot des § 394 für den Arbeitgeber unter Umständen zu unbilligen Härten führen muß. Man muß dies ohne Weiteres zugeben, wenn der Arbeiter den Arbeitgeber in böswilliger Absicht schädigt. Man denke nur, der Arbeiter zerstört oder beschädigt Arbeitsmaterial, entwendet oder unterschlägt erhebliche Summen. Daß er hier noch obendrein durch Auszahlung seines Lohnes belohnt werden soll, ist ein entschiedener Mangel im Gesetz. Den Arbeitgeber einfach auf den Weg der Klage oder Widerklage zu verweisen, wird ihm wenig Nutzen bringen, auch wenn er obsiegt. Denn die Durchführung des Urteils wird an der Unpfändbarkeit des Arbeiters

---

[1]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 130.

[2]) vgl. hierzu Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen; Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 624, 666 ff.

scheitern. Er muß den Lohn auszahlen,[1]) bekommt aber für seinen urteilsmäßig festgestellten Anspruch nichts, da er ja auch gegen den Arbeiter im Vollstreckungsverfahren nicht aufrechnen kann — sollte dieser es auf eine zwangsweise Beitreibung ankommen lassen — denn seine Lohnforderung hat auch durch die gerichtliche Feststellung den Charakter als Lohnforderung nicht verloren. Macht der Arbeitgeber seinen Ersatzanspruch im Wege der Widerklage geltend, so muß er sogar noch damit rechnen, daß diese sofort abgewiesen wird, denn diese soll, wie die Redaktion des Gewerbegerichts zu dem Urteil des Münchener Gewerbegerichts bemerkt, „nie zum Mittel werden, um die volkswirtschaftlich und sozialpolitisch wohlbegründete Pflicht zur Auszahlung verdienten Arbeitslohnes zu umgehen oder gar zu beseitigen".

Angesichts dieser Härten, welche der heutige Rechtszustand infolge § 394 mit sich bringt, hat das Gewerbegericht Kiel in einem ihm vorliegenden Falle[2]) die Aufrechnung der Ersatzforderung des Arbeitgebers für zulässig erachtet und die Klage abgewiesen. Jedoch ist die Begründung dieses Urteils unhaltbar und beruht offensichtlich auf einem Trugschlusse. Die Tatsache, daß sowohl gegen die Schadensersatzforderung (§ 393) wie gegen die Lohnforderung (§ 394) nicht aufgerechnet werden kann, führt keineswegs, wie das bezogene Urteil ausführt, zu der Schlußfolgerung, daß nunmehr „die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit sich gegenseitig aufhebt und eine Aufrechnung wieder stattfinden kann". Sind beide Forderungen inkompensabel, so verpflichten eben beide zur Barzahlung, wie im Gegensatze zum Gewerbegericht Kiel[3]) das Gewerbericht Breslau[4]) auch richtig entschied. Der Gesetzgeber hätte — und darin ist Löwenbach beizustimmen — angesichts dieser Unbilligkeiten durchaus nicht gegen den sozialen Geist des Gesetzes verstoßen, wenn er das Aufrechnungsverbot durch die Bestimmung „es sei denn, daß dem Schuldner eine Schadensersatzforderung aus einer von dem Gläubiger gegen ihn vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zusteht", eingeschränkt hätte.[5])

Die Erörterung der Frage, ob und inwieweit das Aufrechnungsverbot durchbrochen werden kann, muß unterbleiben, da diese den Rahmen der Arbeit überschreiten würde. Es mag nur hervorgehoben werden, daß dem Arbeitgeber zur Erreichung dieses Zweckes ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitslohnes gemäß § 372 nicht zugestanden werden kann. Es folgt dieses einmal aus der Gleichheit der wirtschaftlichen Wirkung von Retention und Aufrechnung beim Gegenüberstehen von Geldforderungen, sowie aus der Gleichheit des Rechtsgrundes.[6]) Ist der Gegenanspruch des Arbeitgebers aber nicht auf Geld gerichtet, so sind diese Gründe nicht durchschlagend, und es muß daher in diesem Falle ihm ein Zurück-

---

[1]) Gemeint ist hier ein Fall, welchen das Münchener Gewerbericht abgeurteilt hat: Gegen den auf Auszahlung seines Lohnes klagenden Arbeiter erhob der beklagte Arbeitgeber Widerklage auf Ersatz eines durch den Arbeiter ihm vorsätzlich zugefügten Schadens. Das Gericht ließ die Widerklage zu, verurteilte den Beklagten und Widerkläger zur Zahlung der Lohnrestschuld von 13 Mk. und den klagenden und widerbeklagten Arbeiter zugleich zur Zahlung von dem begehrten Schadensersatze von 71 Mk.; vgl. Gewerbegericht VI S. 75.

[2]) Der klagende Arbeiter hatte gewaltsam Metallteile einer hydraulischen Presse losgelöst und sich in diebischer Weise angeeignet.

[3]) s. Baum a. a. O. S. 368; vgl. auch v. Schulz und Schalhorn, Das Gewerbegericht S. 200; vgl. auch OLG. Rostock vom 21. 11. 1901 in Meckl. Zeitschr. f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 20 S. 251 und Sinzheimer a. a. O. S. 54.

[4]) Im Gewerbegericht VI S. 75.

[5]) Löwenbach, Lohnaufrechnung oder Lohneinbehaltung im Recht 5. Jahrg. S. 586.

[6]) So vor allem Wallroth, Versuche einer Durchbrechung des Lohnaufrechnungsverbots, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 256 ff.; Olshausen in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 456; Lotmar a. a. O. S. 423 ff.; Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag S. 110; Sinzheimer im Recht 1903 S. 426; Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen S. 83 ff.; Luppe im Gewerbegericht Bd. 8 S. 113; ebenda Bd. 5 S. 124 und Amtsgericht Köln bei Baum a. a. O. S. 361 ff.; vgl. noch Fröhlich, JurW. 1903 S. 118.

behaltungsrecht gegeben werden. Die vielfach in der Literatur vertretene gegenteilige Meinung,[1] die sich bemüht,[2] aus der von der Aufrechnung verschiedenen Wesensnatur des Zurückbehaltungsrechtes als eines nur die Sicherung, nicht die Befriedigung einer Forderung bezweckenden Rechts die Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes auch beim Vorliegen einer auf Geld gerichteten Gegenforderung zu folgern, kann nicht gebilligt werden, da in diesen Fällen die Retention in Wahrheit nichts anderes bedeutet, als eine Umgehung des im § 394 ausgesprochenen Verbotes.

Da der § 394 zwingendes Recht enthält,[3] wie sowohl dem Wortlaute wie dem Zwecke des Gesetzes zu entnehmen ist, so kann dem Arbeitgeber auch nicht vertragsmäßig das Recht eingeräumt werden, einseitig aufzurechnen in Fällen, in denen ihm dieses Recht gesetzlich untersagt ist. Ebensowenig können durch den übereinstimmenden Willen der Parteien gegenüberstehende Forderungen durch Aufrechnung getilgt werden. Denn hier würde der Arbeiter eine Verfügung über die Forderung vornehmen, die § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ihm verbietet.[4])

Es kann auch nicht der Arbeitgeber mit den Arbeitern vereinbaren, daß er zur Einbehaltung des an sich verdienten Lohnes berechtigt sein solle, falls das Arbeitsverhältnis von dem Arbeiter rechtswidrig gelöst werde. Denn hier ist die Lohnverwirkung nichts anderes als eine bedingte vertragsmäßige Aufrechnung oder richtiger eine vertragsmäßige Aufrechnung bedingter Forderung.[5])

Unrichtig ist auch die von Metzges vertretene Auffassung, es könne dem Arbeitgeber die Einbehaltung eines Teiles des Lohnes gestattet werden bei einem durch den Arbeiter verursachten Material- und Werkzeugschaden.[6]) Hier bildet den Ausgangspunkt für die Lohnkürzung der verursachte Schaden. Die Tilgung der Gegenforderung erfolgt also in derselben Weise wie durch Aufrechnung. Es muß daher die Lohneinbehaltung „in Höhe des verursachten Schadens" als ein verschleierter Aufrechnungsvertrag für unzulässig erachtet werden.[7]) Zulässig dagegen ist eine solche Lohnminderungsabrede, wenn für die Höhe des Lohnes das Maß der geleisteten Arbeit oder die Dauer der auf diese verwendeten Zeit bestimmt sein soll.

Es kann auch nicht gesagt werden, wie neuerdings das Oberlandesgericht Marienwerder angenommen hat,[8]) der Arbeitgeber sei auf Grund von § 242 BGB. berechtigt, für seine Schadensersatzforderung einen entsprechenden Teil des Lohnes einzubehalten. Der Arbeitgeber soll nach dieser Vorschrift nur zur Lohnleistung verpflichtet sein, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Davon könne aber im Falle frivoler Schädigung durch den Arbeiter nicht die Rede sein. Die Heranziehung des § 242, der frei-

---

[1]) Für die Zulassung spricht sich aus: Langheineken a. a. O. S. 329; Marwitz, Bühnenengagementsvertrag S. 156; ebenso Kammergericht, Rechtspr. der OLG. Bd. 6 S. 423; Seuff. Arch. Bd. 59 S. 91; OLG. Rostock, Schleswig-Holst. Anz. Bd. 67 S. 7; OLG. Kiel, Rechtspr. der OLG. Bd. 6 S. 225 f.; s. auch RG. in der JurW. 1903 Beil. 16 und Baum a. a. O. S. 364 ff.; OLG. Köln, Recht VI S. 612.

[2]) So vor allem Pappenheim, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, in der DJZ. VII S. 86 f.

[3]) So auch Sinzheimer a. a. O. S. 35 ff. und die S. 36 Anm. 4 Zitierten; a. A. Schmelzle, Verbot der Aufrechnung der Lohnforderung und Zurückbehaltungsrecht in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung S. 291 ff.

[4]) vgl. Sigel a. a. O. S. 45; Lotmar a. a. O. S. 402 ff.; Amtsgericht Köln bei Baum a. a. O. S. 361.

[5]) So auch Sigel, Gewerbegericht VI S. 40; GG. Frankfurt a. M. in Gewerbegericht VII S. 206 ff.; a. A. Amtsgericht Köln in Gewerbegericht VI S. 123 ff.

[6]) Aufrechnung gegen Lohnforderungen gewerblicher Arbeiter in der DJZ. VII S. 47.

[7]) vgl. Sigel a. a. O. S. 126 und 136; Wallroth a. a. O.

[8]) OLG. Marienwerder, Recht 1904 S. 314.

lich für alle Schuldverhältnisse maßgebend ist, ist jedoch unzulässig, da der § 394 als Vorschrift speziellen Inhalts der lex generalis vorgeht.[1])

Wenngleich der Arbeitgeber nach diesen Erörterungen gegen Lohnforderungen insoweit nicht aufrechnen kann, als der Lohn der Pfändung nicht unterworfen ist, so kann er doch trotz dieses Verbotes dem Arbeiter gewisse Beträge „anrechnen" und bei der Lohnzahlung in Abzug bringen. Denn „Anrechnung" ist keine „Aufrechnung". Bei dieser wird eine Forderung durch eine Gegenforderung getilgt; jene aber bedeutet nur „die tatsächliche Einbeziehung einer bereits bewirkten Leistung in die schuldige Gesamtleistung".[2]) Solche Anrechnungen, die sich der Arbeiter gefallen lassen muß, erwähnt das BGB. in den §§ 617, 615, 616 und 324 und die GewO. in § 115 Abs. 2. Bei dieser „Anrechnnng" kommen Leistungen des Arbeiters, mögen sie faktisch geleistet oder schuldhafterweise unterblieben sein, wie auch Leistungen Dritter in Betracht, wenn diese zwecks Tilgung der Forderung des Gläubigers beim Vorliegen des in § 267 gegebenen Tatbestandes oder auch ohne Rücksicht hierauf vorgenommen sind. Insbesondere können Lohnvorschüsse, soweit sie sich als vorausbezahlter Lohn und nicht als Darlehen charakterisieren,[3]) auf die Lohnforderungen angerechnet werden, wie in Theorie und Praxis heute allgemein anerkannt wird.[4])

Wie der § 394 hinsichtlich des Arbeits- und Dienstlohnes nicht durch Vertrag außer Kraft gesetzt werden kann, so muß dies auch bezüglich der übrigen unpfändbaren Forderungen angenommen werden. Ein Vertrag z. B., inhaltsdessen ein Unterhaltsberechtigter seinem Gläubiger das einseitige Aufrechnungsrecht gegen seine Unterhaltsforderung einräumt, muß nach § 134 BGB. als nichtig angesehen werden, da eine solche Vereinbarung dem Zwecke des § 394 offenbar zuwiderläuft.

Wenn eingangs dieses Paragraphen allgemein der Grundsatz aufgestellt wurde, daß eine Forderung aktiv zur Kompensation tauglich bleibe, obwohl gegen sie nicht aufgerechnet werden könne, so ist dieses Prinzip hinsichtlich der Lohnforderung einzuschränken. Die Lohnforderung ist auch aktiv zur Kompensation ungeeignet.[5]) Es ergibt sich dieses aus dem § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes, der jede Verfügung hinsichtlich des Lohnes durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder ein anderes Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt, soweit nach den Bestimmungen des in Rede stehenden Gesetzes der Lohn der Beschlagnahme nicht unterworfen ist, eine Vorschrift, die in dem Zwecke des Gesetzes ihre innere Rechtfertigung findet. Unter Verfügung ist nun jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches jemand unmittelbar ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise auf einen anderen überträgt, dasselbe belastet, ändert oder aufhebt. Mit dem generellen Verbot jeder Verfügung sind auch alle Rechtsgeschäfte verboten, die nach dem Gesagten dem Begriffe der Verfügung entsprechen. Daß in der Aufrechnung aber in erster Linie eine solche unmittelbar herbeigeführte Rechtsänderung, d. h. Vernichtung der Forderung erblickt werden muß, steht

---

[1]) vgl. auch GG. Karlsruhe im Gewerbegericht VI S. 22.

[2]) Sinzheimer a. a. O. S. 43.

[3]) Wann sich der Lohnvorschuß als Darlehen qualifiziert, müssen die Umstände entscheiden. Dadurch, daß die Anrechnung von Lohnvorschüssen auf die Lohnforderung unterbleibt und jene auf Bitten des Arbeiters weiter gestundet werden, werden sie noch nicht zu einem Darlehen, wie das GG. Hamburg im Gewerbegericht IX S. 120 im Gegensatze zu dem GG. Berlin (Baum a. a. O. S. 375; v. Schulz und Schalhorn a. a. O. S. 203 und S. 201) annimmt. Das GG. Weimar (Baum a. a. O. S. 347 f.) sieht in dem Lohnvorschusse stets einen vom Arbeitgeber freiwillig im voraus gezahlten noch unverdienten Arbeitslohn.

[4]) Schalhorn in Sozial. Prax. VIII S. 797; Sinzheimer a. a. O. S. 44; Metzges a. a. O.; GG. Mainz, Königsberg, Wien, Weimar in Gewerbegericht V S. 9. 156, VI S. 170.

[5]) So auch Schmelzle, Seuff. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 66 S. 289 ff., 305 ff.; a. A. Schollmeyer § 394 Anm. 3.

außer Zweifel. Danach ist auch dem Arbeiter das Recht entzogen, mit seiner Lohnforderung dem Arbeitgeber gegenüber eine Aufrechnung vorzunehmen.

Schließlich mag noch hervorgehoben werden, daß von dem Aufrechnungsverbot des § 394 nur das Bürgerliche Gesetzbuch selbst und die übrigen Reichsgesetze betroffen werden, soweit diese nach Art. 32 EG. z. BGB. in Kraft bleiben. Dahingegen steht nichts im Wege, daß die Landesgesetzgebung die Aufrechnung im Gesinderecht anders regeln, also auch die Aufrechnung gegen den Gesindelohn gestatten kann.[1])

3. Das letzte Aufrechnungsverbot enthält der § 395, welcher bestimmt, daß die Aufrechnung gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaates sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes nur zulässig ist, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist. Ist dieses Erfordernis nicht gegeben, so ist eine Aufrechnung unzulässig.[2]) Diese Vorschrift ist lediglich aus Gründen einer zweckmäßigen Verwaltung und äußerlichen Ordnung gegeben. Keinesfalls sind aber die verschiedenen Kassen als verschiedene juristische Personen aufzufassen, so daß es bei Verschiedenheit der Kassen an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlen würde. Der Staat oder die Gemeinden hingegen können ihrerseits aufrechnen, auch wenn die Forderungen an verschiedene Kassen zu entrichten sind.[3])

Da nur das einseitige gesetzliche Recht der Aufrechnung den Gegenstand der gestellten Aufgabe bildet, so gehören auch nur die gesetzlich festgelegten Aufrechnungsverbote in den Rahmen der Arbeit. Eine Erörterung der vertragsmäßigen Aufrechnungsbeschränkung, wie sie z. B. im Kontokorrentverkehr besteht, muß daher unterbleiben.

Zweiter Abschnitt.

Der Vollzug der Aufrechnung.

§ 7.

Die Bedeutung des ipso jure compensari für die Lehre des Aufrechnungsvollzuges.

Während hinsichtlich der Voraussetzungen der Aufrechnung im bisherigen und heutigen Rechte, von geringen Abweichungen abgesehen, im allgemeinen Einstimmigkeit herrschte, führt uns die Frage, wie sich die Aufrechnung beim Vorliegen der Kompensabilität der Forderungen vollzieht, auf ein Gebiet, welches seit jeher das bestrittendste im gesamten Kompensationsrechte ist. Bevor die in dieser Hinsicht aufgestellten Theorieen geprüft werden, soll zunächst auf die Gründe dieser Rechtsunsicherheit näher eingegangen werden.

In erster Linie erschwerte die Lösung des Problems die verhältnismäßige Dürftigkeit und problematische Natur der Quellenzeugnisse. Das größte Unheil aber hat hier das unscheinbare ipso jure compensari angerichtet, das seit seiner Einführung in die römische

---

[1]) Francke, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt 48 S. 1 ff., 50 S. 244; Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerblichen Arbeitsvertrag, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 23 S. 13 ff.; a. A. Neumann-Weimar, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 47 S. 193.

[2]) Von dem im § 495 ausgesprochenen Grundsatze enthält der § 469 Abs. 3 HGB. eine Ausnahme. Dieser bestimmt nämlich: „Mittels Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrage auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.“

[3]) vgl. Schollmeyer § 395.

Jurisprudenz einen Zankapfel bildet.[1]) Die bisher gefundenen Lösungen sind jedoch keineswegs befriedigend. Die richtige Deutung wird zeigen, daß die Forscher zu Unrecht bei der Lösung des Kompensationsvollzuges von diesem Axiom ausgingen. Seine Erörterung ist außerdem aber auch erforderlich, weil auch das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Regelung des Aufrechnungsvollzuges unter dem Einflusse jenes strittigen Axioms ein ipso jure compensari aufgestellt hat, das im Gegensatz zu dem richtig verstandenen römischen ipso jure als ein Muster von Inkonsequenz charakterisiert werden muß.

Der Glossator Martinus Gosia und nach ihm Tyndarus[2]) stellten zuerst das Dogma auf: Beide Forderungen vernichten sich im Momente ihrer Koexistenz ohne menschliches Zutun von selbst und in diesem Sinne ipso jure, gerade wie auch die confusio ohne weiteres (ipso jure) eintritt, sobald creditor und debitor sich in ein und derselben Person vereinigen. Die Anhänger dieser Theorie berufen sich auf verschiedene Stellen, die man wohl die ipso jure Stellen genannt hat.[3])

Diese Lehre kann aber einer eingehenden Kritik auch nicht den geringsten Widerstand entgegensetzen. Ihre Unhaltbarkeit ergibt sich unmittelbar aus den verschiedensten Quellenzeugnissen, die den Kompensationsvollzug an einen richterlichen oder einen Parteiakt knüpfen. Es mag nur auf die l. 7 § 1 D. 16, 2[4]) und l. 1 § 4 D. 27, 4[5]) hingewiesen werden. Würde diese Theorie das Richtige treffen, so würde dem auf Zahlung verklagten Schuldner nicht mehr die Möglichkeit gegeben sein bar zu zahlen, anstatt zu kompensieren. Im Falle der Zahlung aber würde er ein indebitum zahlen, da die Klageforderung schon durch die gegenübergetretene Forderung erloschen war, was aber nicht zutrifft. Weiterhin beweist die Unrichtigkeit dieser Lehre die Tatsache, daß eine Korrealobligation nicht schon ohne weiteres erlischt, wenn die Voraussetzungen der Kompensation in der Person eines correus Platz greifen.[6]) Gegen diese Ansicht spricht auch das quellenmäßige Zeugnis, daß auf eine kompensable Forderung verzichtet werden kann (l. 26 D. 22, 3) und daß nach Eintritt der Aufrechnungslage die Klage aus einer Forderung bestehen bleibt: salva manet petitio,[7]) Folgerungen, die bei einer Selbstaufhebung der Forderungen nicht gezogen werden können. Auch Tyndarus mußte die letzte Schwierigkeit anerkennen. Wenn er sie indes durch Aufstellung des Satzes: hoc casu lex restituit actionem jam peremtam[8]) zu umgehen suchte, so muß dieser Ausweg als ein rein willkürlicher und irriger bezeichnet werden, da das Gesetz ausdrücklich sagt: manet petitio.

Gleichwohl hat diese Lehre, die Brinz[9]) als ein „Muster von Folgewidrigkeit" charakterisiert, in Hartter und Asher[10]) eifrige Verfechter gefunden und ist sogar in neuere Gesetzbücher aufgenommen worden.[11])

---

[1]) Const. ult. Cod. de comp. 4, 31; vgl. auch § 30 I. de act. 4, 6.

[2]) Dieser machte aber die praktische Bedeutung des ipso jure von einer Erklärung abhängig.

[3]) vgl. l. 4 D. 16, 2 und l. 21 D. eod.; und l. 10 pr. eod.; § 30 I. 4, 6 in Verb. mit l. 4 C. 4, 31.

[4]) . . . si rationem compensationis judex non habuerit . . .

[5]) . . . erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit . . .

[6]) l. 10 D. 45, 2.

[7]) l. 37 § 1 D. 16, 2.

[8]) Zitiert bei Ubbelohde a. a. O. S. 4 N. 3.

[9]) Brinz a. a. O. S. 2 ff.; ferner dagegen: Krug a. a. O. S. 90 ff.; Dernburg a. a. O. S. 283 ff.

[10]) Hartter, Das römisch deutsche Recht der Kompensation; Asher, Die Kompensation im Zivilprozeß des klassischen römischen Rechts.

[11]) Diese ipso jure Aufrechnung hat der code civil Art. 1290 aufgenommen. Anscheinend auch das ALR. I, 16 § 301, jedoch folgt aus § 300, daß stets eine Kompensationserklärung erforderlich ist. Es ist interessant, daß unter dieser „gegenseitigen" Anrechnung des § 300 stets eine einseitige Erklärung verstanden wird, wie das Berliner Obertribunal (Bd. 4 S. 208)

Asher hat insbesondere die Vermutung Ubbelohdes,[1]) daß Martinus nur eine „theoretische Konstruktion" des ipso jure versucht habe, und wohl niemand geneigt sein könne, diese Lehre ernstlich durchzuführen, widerlegt und auf das glänzendste gezeigt, daß eine Durchführung jener krassen Doktrin im einzelnen wohl möglich sei.

Den Einwendungen, denen das Dogma des Martinus ausgesetzt ist, entgeht nun freilich die Lehre des Azo,[2]) die seit Hasse und Bethmann-Hollweg schnell zur Geltung gelangte und auch in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen ist. Nach seiner Lehre tritt nur dann die Kompensation ein, wenn einer der Beteiligten sie im Prozesse verlangt und beantragt. Berücksichtigt sie der Richter, dann gelten die sich entgegenstehenden Forderungsrechte als im Augenblicke ihrer Koexistenz im Sinne der Martinuslehre als getilgt. Gegen diese Auffassung eines fingierten Vonselbsteintritts oder richtiger eines durch den Willensakt einer Partei suspensiv bedingten Vonselbsteintritts ist zunächst Dernburg zu Felde gezogen, der sie „als ein blendendes, dialektisches aber gekünsteltes Spiel" bezeichnet und insbesondere deswegen bekämpft, weil eine Wirkung, die nur infolge eines von den Parteien ausgehenden Anstoßes eintrete, „nach den Gesetzen natürlicher Logik nie aus der bloß eigenen Kraft der Tatsachen hervorgegangen sei".[3]) Auch Ubbelohde[4]) und Brinz[5]) haben sie scharf bekämpft. Letzterer geißelt sie mit den beißenden Worten: „Die Kompensation tritt nicht von selbst ein, sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten". Aber was Brinz an Stelle der von ihm bekämpften Lehre setzte, befriedigt ebensowenig. Er gelangt in wesentlicher Übereinstimmung mit den Ausführungen Dernburgs zu dem Resultate: wenn zwei Forderungen sich gegenübertreten, so tritt in diesem Momente für den Schuldner ipso jure, d. h. sine facto hominis das Recht ein, zu kompensieren, nicht aber tilgen sich die Forderungen infolge ihrer Koexistenz.[6])

In noch schärferer Weise wie Brinz betont Windscheid die sofortige Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung, dessen Lehre in Wahrheit nichts anders als eine Wiederbelebung der Martinuslehre, allerdings in eigentümlich modifizierter Gestalt bedeutet. Nach seiner Auffassung „affizieren" sich die gegenüberstehenden Forderungen im Augenblicke der Koexistenz mit ihrer dem materiellen Rechte entströmenden Kompensationskraft, sie werden mit einer Einrede behaftet, welche sofort ohne Zutun des Schuldners ihre Wirksamkeit hemmt, dergestalt, daß der Zinsenlauf aufhört, die Gegenforderung den Verzug des Schuldners und den Verfall der Konventionalstrafe ausschließt. Die Kompensation selbst aber wird erst durch Entgegensetzen der Kompensationseinrede und Erlangung eines den Gläubiger zurückweisenden Urteils vollzogen.[7])

Die Unhaltbarkeit dieser Brinz-Windscheidschen Lehre beweisen aber verschiedene Quellenzeugnisse. Die Stellen, welche von einer ipso jure eintretenden Kompensation sprechen, haben stets eine wirkliche „Aufhebung", nicht eine bloße „Affektion" der Forderungsrechte im Auge. Als schlagendes Argument dienen nur die l. 4 D. h. t. und die l. 10 D. eod.[8])

im Jahre 1839 feststellt: „. . . jeder der beiden Gläubiger kann einseitig gegen den anderen abrechnen".

[1]) Ubbelohde a. a. O. S. 22 ff.

[2]) Leonhard a. a. O. S. 95 f. versucht den Nachweis, daß die Lehre zu Unrecht dem Azo zugeschrieben wird, vgl. Dernburg a. a. O. S. 284.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 299—303, 309 f., 584 f.

[4]) Ubbelohde a. a. O. S. 35 ff.

[5]) Brinz a. a. O. S. 9.

[6]) vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 4, 95; Thibaut, System II S. 383; Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht II S. 264 ff.; Arndts, Pand. 11. Aufl. § 265; Puchta, Pand. 6. Aufl. § 290; Vangerow a. a. O. § 618 S. 360 ff.

[7]) Windscheid a. a. O. S. 324: „Wenn der Schuldner sich der Klage des Gläubigers gegenüber auf seine Gegenforderung beruft, so schafft er sich dadurch nicht erst ein Einrederecht, sondern macht Gebrauch von einem bereits erworbenen.

[8]) „ipso jure fidejussorem eo minus debere" und „desinere esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta".

Weiterhin bietet die römische Rechtssprache keine Anhaltspunkte dafür, daß dem Worte compensare, das tatsächlich „abrechnen" bedeutet auch die weitere Bedeutung von einem „abrechnen dürfen" beigelegt werden könne. Wo die Römer das „Recht", die „Befugnis" zur Kompensation ausdrücken wollen, sprechen sie stets von dem „jus", der „aequitas compensationis".[1]) Diese Ausdrucksweise müßte aber zum mindesten ein unrömischer Pleonasmus genannt werden, wenn schon compensatio allein die Befugnis zu kompensieren bedeuten sollte, eine Annahme, die schon deswegen nicht Platz greifen kann, weil gerade den Römern eine kurze, prägnante Ausdrucksweise eigen ist.[2]) Diesen materiellen Auffassungen gegenüber glauben Brinz in seiner „Kompensation", Ubbelohde,[3]) Wieding[4]) und Schwanert[5]) eine richtige Lösung des großen Rätsels der Kompensationslehre darin gefunden zu haben, daß sie dem ispo jure eine lediglich formale, prozessuale Bedeutung beimessen. Für diese Schriftsteller ist zweifelsohne der äußere Zusammenhang der den ipso jure Begriff in die römische Jurisprudenz einführenden justinianischen Konstitution — § 30 I de actionibus VI, 6 — nicht ohne wesentliche Bedeutung gewesen. Sie behaupten, das ipso jure bedeute weiter nichts, als im spätklassischen Prozesse habe der Beklagte mit dem Vorbringen, daß er eine Gegenforderung an den Kläger habe und deren Abzug von der Klageforderung beantrage, in jedem Stadium des Prozesses, also auch noch nach der litis contestatio gehört werden müssen. Daß bei dieser Auffassung leicht die Streitfrage aufgeworfen werden mußte, ob das Vorschützen der Gegenforderung die Natur einer exceptio habe oder nicht, ist erklärlich. Es gehen denn auch in diesem Punkte die Ansichten wiederum auseinander.

Bei dieser formellen Auffassung aber paßt das ipso jure nicht auf alle Stellen, vor allem nicht auf die l. 4 C. 4, 31, wo dem ipso jure zweifelsohne nur eine materielle Bedeutung beigelegt werden kann.

Sollte sich aber Paulus, der sonst stets das ipso jure in formellem Sinne gelehrt,[6]) in diesem speziellen Falle tatsächlich einmal zu einer materiellen Auffassung habe verleiten lassen? Soll sich der scharfsinnige Paulus, den selbst die Römer an die Seite eines Papinianus stellten, wirklich hier eine Inkonsequenz haben zuschulden kommen lassen? Ein solcher Vorwurf darf nie und nimmer gegen jenen Rechtsgelehrten erhoben werden.

Einen anderen Weg schlagen Dernburg und ihm folgend auch Vangerow und Müller ein, welche das ipso jure geschichtlich erklären.[7]) Und fürwahr, diese Interpretation hat vor allen anderen Theorieen den Vorzug der universalen Anwendbarkeit und harmoniert außerdem vollkommen mit dem ope exceptionis. Die in der Billigkeitsidee wurzelnde Kompensation, so lehrt Dernburg, habe zuerst Eingang bei den bonae fidei judicia gefunden, wo ihre Zulassung von der Libertät des Richters abhängig gewesen. Durch eine Konstitution Marc Aurels aber sei sie zu einem positiven Rechtssatze erhoben und der Richter zur Berücksichtigung der vorgeschützten Kompensationseinrede gezwungen worden. Im Bewußtsein des Wertes dieser Errungenschaft habe man daher im Gegensatze zu den anderen exzeptionsmäßigen und zum feststehenden Rechte gewordenen Defensionen nur ausdrücklich betont, daß Kompensation „von Rechts wegen", ipso jure eintrete. Dernburgs Deduktionen gipfeln sodann in dem Satze, „daß die Kompensation ein allgemein feststehendes Recht der Parteien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe".[8]) Diese Theorie kann nur dann richtig sein, wenn die Voraussetzungen, aus denen Dernburg die Konsequenz zieht, in

---

[1]) So in den l. 18 pr., 20 D. h. t.

[2]) So auch Schultze, ispo jure compensari S. 22 f. und Wächter, Pand. § 195.

[3]) Ubbelohde a. a O. S. 180 ff.

[4]) Wieding, Libellprozeß S. 222.

[5]) Schwanert a. a. O. S. 28 ff. und 46 ff.

[6]) So z. B. in l. 9 und l. 9 § 1 D. 16, 2.

[7]) Dernburg a. a. O. S. 309 ff.; Vangerow a. a. O. § 618; Müller, Lehrb. der Institutionen S. 544 ff.

[8]) vgl. auch Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen S. 16.

Wirklichkeit vorhanden sind. Es bestehen aber tatsächlich die von Dernburg hervorgehobenen Gegensätze: von Recht der Partei einerseits und Ermessen des Richters andererseits nicht. Auch bei den bonae fidei judicia mußte der Judex schon die Kompensation berücksichtigen, wenn es die bona fides verlangte. Das Ermessen des Richters war keineswegs eine reine Willkür, wie Dernburg anzunehmen scheint, sondern das notwendige Ergebnis seiner rechtlichen Anschauung. Diese Theorie ist besonders von Brinz und Eisele angegriffen worden.[1])

Indem Eisele aber das ipso jure mit „nach Zivilrecht" deutet,[2]) hat er dadurch — wenn auch unbewußt — jener, von ihm selbst aber nicht anerkannten[2]) formellen Theorie große Dienste geleistet, denn auf diese Weise stellt er den Ausdruck in Gegensatz zur exceptio und zu dem prätorischen Rechte, unter dessen Ägide sich die Kompensation Eingang in das römische Rechtsleben zu verschaffen wußte. Ist seine Theorie aber richtig, dann muß angenommen werden, daß das ipso jure in allen zweifelhaften Stellen eben nur diesen Gegensatz hervorheben soll.

Einen neuen Gesichtspunkt bringt Lenel[3]) in die ipso jure Lehre. Er meint, der Ausdruck solle nie eine positive, sondern stets eine negative Bedeutung haben. Darum könne von derselben Rechtswirkung gesagt werden, daß sie in der einen Beziehung ipso jure eintrete, während eben dieses in der andern verneint werden müsse. Den Grundgedanken dieser Lehre hat neuerdings Leonhard aufgegriffen und für die Kompensationslehre verwandt. Das ipso jure, das stets eine Negation enthalte, so führt Leonhard aus, habe hier die Bedeutung, daß der Kompensationserfolg eintrete, ohne daß das Moment vorzuliegen brauche, was bislang zu demselben Erfolge geführt habe. Da nun bis Justinian die Kompensation sich nur durch Richterspruch oder unter Mitwirkung des Gegners[4]) habe vollziehen können, so wolle die justinianische Neuerung nur den Grundsatz aussprechen, daß von jetzt ab derselbe rechtliche Erfolg ohne diese Momente eintrete, kurz: das ipso jure beantworte die vielumstrittene Frage, ob auch durch außergerichtliche, einseitige Erklärung die Kompensation vorgenommen werden könne, ob sie also ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, mit: Ja.

Wenn nun Lenel von dem Versuche abstand, die sechs das ipso jure enthaltenden Stellen „unter einen Hut zu bringen",[5]) so muß der Leonhardsche Versuch als gescheitert erachtet werden, so ansprechend und bestechend er auch in seinem Resultate ist. Auch bei dieser Auslegung paßt das ipso jure keineswegs auf alle Quellenzeugnisse, insbesondere nicht auf das Fragment von Paulus in der l. 4 C. h. t.[6])

Ihr Vertreter selbst konnte sich dieser Überzeugung nicht verschließen, muß er doch selbst eingestehen, daß „sich das ipso jure nicht ganz übersetzen lasse". Wenn er gleichwohl der Meinung bleibt, daß „dieser Umstand nicht gegen seine Auffassung spreche", so dürfte er wenige überzeugte Anhänger seiner Lehre finden.

Diejenige ipso jure Lösung, die mit Recht den Anspruch auf Richtigkeit erheben darf, muß — und darin stimmen im Gegensatze zu Lenel und Leonhard auch Brinz und Liebknecht bei — für alle in Frage kommenden Quellenzeugnisse passen. Denn u. E. spricht der Umstand, daß die beiden Worte mit Bezug auf dasselbe Rechtsverhältnis stets in derselben oder ähnlichen Verbindung gebraucht werden, die deutlichste Sprache dafür, daß die Römer den Ausdruck überall in derselben Weise haben aufgefaßt wissen wollen. Er ist ihnen nicht nur als terminus technicus geläufig, ja er ist sogar, so möchte ich behaupten,

---

[1]) Brinz, ipso jure compensari, im Jahrb. d. gem. deutschen Rechts Bd. 1 S. 25 ff.; Eisele a. a. O. S. 143 ff. und „die materielle Grundlage der exceptio" S. 62 ff.

[2]) Eisele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 55 S. 201 ff.

[3]) Lenel, über den Ursprung und Wirkung der Exzeptionen S. 150 ff.

[4]) Lenel a. a. O. S. 142, 151.

[5]) Lenel a. a. O. S. 93.

[6]) l. 4 C. h. t. „Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur . . ."

zur Rechtsparömie in der römischen Juristensprache erhoben worden. Was aber die Römer in zwei knappen Worten auszudrücken vermocht, wird auch unsere deutsche Rechtssprache, die doch in die Fußstapfen jener getreten ist, mit einem einheitlichen beherrschenden Begriffe zu bezwingen imstande sein. Vielleicht ergibt sich ein Ausweg, wenn aus allen Theorien das herausgeschält wird, was auch nur einen Schein von Richtigkeit besitzt. Möglicherweise sind alle jene Lösungsversuche nur der Ausfluß eines allgemeinen, über ihnen stehenden Prinzips; denn die sprichwörtliche Bedeutung der Worte spricht dafür, daß durchaus kein mystischer Nimbus ihren Inhalt verschleiert.

Eine allgemein zutreffende Lösung scheint nun neuerdings v. Hertzberg gefunden zu haben, der von der wörtlichen und dogmatischen Bedeutung des Ausdrucks ausgeht. Da das ipse zur besonders starken Hervorhebung sowie zur Markierung eines Gegensatzes diene, [1]) so wolle der Ausdruck nur besagen, daß nach dem Willensinhalte eines bestimmten Rechtes (jus von jussum, jubere abgeleitet), allein etwas eintrete, im Gegensatze zu etwas anderem, was von außen kommend jenen Willensinhalt alterieren und verändern könne. Dieser Gegensatz müsse auf dem Gebiete des subjektiven Rechtes liegen — dieses gehe aus dem Worte ipse hervor — und nicht im objektiven Rechte, wie Dernburg angenommen habe. Was darum ipso jure eintrete, geschehe „kraft Inhalts subjektiven Rechtes“, vollziehe sich also im Einklange mit einem bestimmten subjektiven Rechte, alles andere dagegen setze sich zu diesem Willensinhalte in Widerspruch, geschehe also ope exceptionis. So vollziehe sich auch die Aufrechnung in Kraft des Willensinhaltes und im Einklange mit der Idee der von ihr betroffenen subjektiven Rechte, die sofort mit ihrem Existentwerden aus eigener Machtvollkommenheit ihre ursprüngliche Gestalt aufgeben, ihre Willensrichtung ändern und Verwirklichung ihres Inhalts nur noch durch Kompensation verlangen. [2])

So ansprechend und bestechend dieser Lösungsversuch auch sein mag, so erscheint er doch nicht völlig einwandsfrei. M. E. treffen folgende Erwägungen das Richtige.

Das von der Kompensation betroffene Recht beeinflußt und modifiziert kraft eigener Machtvollkommenheit nicht, wie v. Hertzberg meint, von vornherein d. h. schon infolge bloßer Koexistenz seinen Inhalt, indem es die ursprünglich auf Effektivleistung hinzielende Willensrichtung aufgibt und Kompensation verlangt, sondern erst in dem Augenblicke, wo ihm durch die Erklärung des Aufrechnenden die Existenz eines kompensablen Gegenrechts zur Kenntnis gelangt. Erst jetzt alteriert es selbst seine Willensrichtung und beansprucht Verwirklichung seines Inhalts durch Kompensation. Die Richtigkeit dieses Standpunktes erhellt vor allem in dem Falle, wo auf der einen oder anderen Seite mehrere kompensable Gegenrechte vorhanden sind. Nach den Rechtsquellen des römischen Rechts, wie auch nach dem in den Motiven ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatze des Bürgerlichen Gesetzbuches, stehen vor erfolgter Aufrechnungserklärung die beiderseitigen Rechte vollkommen unberührt und unverändert sich gegenüber. Würde die Auffassung Hertzbergs, die im Resultate eine Rückkehr zu dem Dogma des Martinus und Tyndarus bedeutet, richtig sein, so könnte folgerichtig nur dann von dem Aufrechnenden gesagt werden, „er mache sich den Willensinhalt des Rechtes selbst zu eigen“, wenn er das zuerst entstandene, also das zeitlich ältere Gegenrecht zur Kompensation stellt, denn anderenfalls müßten alle Gegenrechte sofort nach ihrem Existentwerden ihre Willensrichtung modifiziert haben, eine Annahme, die als quellenwidrig zurückgewiesen werden muß und die im gewissen Sinne der bekämpften Brinz-Windscheidschen Lehre ähnelt. Ich behaupte dagegen, erst in dem Augenblicke, wo der Schuldner aus der Zahl der Gegenrechte die Wahl getroffen hat, welches Recht er zur Kompensation verwenden will, alteriert

---

[1]) In der ersten Bedeutung erscheint es z. B. bei Terenz in den Ausdrücken: ipsa res monet, ipsa res indicat; man wird es hier mit „für sich allein“, „an und für sich“ treffend wiedergeben. Gleichzeitig bezeichnet es einen Gegensatz, z. B. bei Cicero: „eret ipse immani acerbaque natura Oppianicus, incedebat eius amentiam — mater“.

[2]) v. Hertzberg, Die Aufrechnung des BGB. S. 28ff.

das Recht selbst seine Willensrichtung und verlangt Verwirklichung seines Inhalts durch Kompensation. Der Wille des Aufrechnenden ist originär und der des Rechtes derivativ, und nicht umgekehrt, wie Hertzberg behauptet.

Der hier entwickelte Begriff des ipso jure: „Im Einklange mit einem bestimmten subjektiven Rechte, aber nach Modifizierung seines Inhalts" war den Römern wohlbekannt. Wenn Paulus berichtet, daß in concreto der Beklagte oft im Ungewissen war, ob eine Tatsache ipso jure oder ope exceptionis den Klageanspruch vernichte, so konnte dieser Zweifel deswegen entstehen, weil ein Recht infolge äußerer Einflüsse und Veränderungen nicht immer an der ursprünglich ihm gegebenen Gestalt festhält, wofür als typisches Beispiel der unter den Sabinianern und Prokulejanern ausgebrochene Streit dienen mag. Diese stritten sich bekanntlich darüber, ob eine vereinbarte datio in solutum schon die Obligation ipso jure, d. h. ihrem innersten Wesen nach zerstöre oder ob eine exceptio erforderlich sei, eine Streitfrage, die Justinian, dem freien Entwicklungsgange seiner Zeit folgend, im Sinne der ersteren entschied.

Bei dieser Auslegung paßt das ipso jure aber vollkommen für alle Quellenzeugnisse der Kompensationslehre. Wenigstens vermag ich keinen Grund zu finden, der hier zu einer anderen Deutung drängte. Den besten Beweis hierfür liefert Justinian selbst. Es soll, so sagt Justinian in seinen Institutionen § 30 I. de act. 4, 6, von jetzt ab nicht mehr wie bisher das künstliche Mittel der exceptio erforderlich sein, um das subjektive jus strictum daran zu erinnern, daß es sich durch Kompensation eine Änderung, ja selbst Vernichtung seines Inhalts gefallen lassen muß, sondern es soll von jetzt ab auch das strenge Recht aus eigenem Willensentschlusse seinen ihm noch anhaftenden urwüchsigen, schroffen Charakter ablegen und sich freiwillig, kraft seines modifizierten Inhalts, der Kompensationskraft beugen. So bedeutet die Konstitution Justinians einen unermeßlichen Fortschritt in der Entwicklung des römischen Rechts, indem sie jenes Ideal verwirklichte, daß jedes subjektive Recht nach Wesensgleichheit mit der Idee der reinsten Gerechtigkeit streben soll.

Ein eigenartiges Ergebnis ist es somit, das die hier gefundene Lösung des ipso jure-Axioms gleichsam aus sich herauswachsen läßt: Steht die Kompensation mit dem Willensinhalte des von ihr betroffenen subjektiven Rechts in völliger Harmonie, so hat die den vielumstrittenen Begriff der ipso jure Kompensation in das römische Rechtsleben einführende Justinianische Konstitution die weitere Bedeutung, daß von jetzt ab der Richter eine Gegenforderung des Beklagten schon auf Grund des Prozeßstoffs allein (ipso jure) zu berücksichtigen gezwungen ist, d. h. auch dann, wenn der Kläger die Kompensation mit einer Gegenforderung des Beklagten vorbringt, ein Ergebnis, das bislang diese gebührende Würdigung nicht gefunden hat.

Die hier gefundene Lösung des ipso jure Axioms hat uns somit eine Antwort auf die vielumstrittene Frage, in welcher Weise der Kompensationsvollzug zu denken ist, nicht gegeben. Daß es aber die Forscher bei Lösung dieser Frage in hohem Maße beeinflußt hat, geht aus den nunmehr zu erörternden Theorien evident hervor.

§ 8.

Die Theorieen des Aufrechnungsvollzuges.

I. Das bisherige Recht.

Für das römisch-gemeine Recht kann man folgende absolute und relative Theorien unterscheiden:

1. Absolute Theorieen:

Die Aufrechnung vollzieht sich durch ein Rechtsereignis, und zwar:

1. Durch ein unbedingtes,

2. durch ein **bedingtes** Rechtsereignis.

Die Anhänger der ersten Auffassung verneinen jede menschliche Mitwirkung bei dem Kompensationsvollzuge. Die Aufrechnung, d. h. das Erlöschen der Forderungen soll lediglich durch das Gegenübertreten kompensabler Forderungen eintreten, ohne daß ein menschlicher Akt vorgenommen zu werden braucht. Die Aufrechnung charakterisiert sich sonach als ein unbedingtes Rechtsereignis. Die Unhaltbarkeit dieser Lehre ist bereits an anderer Stelle dargetan.[1]) Sie muß jedoch hier im Zusammenhange der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Es mögen hier nur zwei Momente hervorgehoben werden, welche die Anhänger der Lehre nur aus der Selbstaufhebung der Forderungen erklären zu können geglaubt haben: Die Zulässigkeit der condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit (l. 10 § 1 D. 16, 2) und die Sistierung des Zinsenlaufs (l. 11 D. 16, 2). In Wahrheit aber beweisen diese Quellenzeugnisse für die Lehre nichts.

Der Zahlende soll kondizieren können, nicht weil er ein indebitum, sondern weil er ein **quasi** indebitum geleistet hat. Wenn man nun selbst bei Auslegung dieser Stelle **Leonhard** nicht folgen wollte,[2]) daß es sich hier überhaupt nicht um die eigentliche condictio indebiti, sondern wegen des **quasi** indebitum um eine „analoge Klage" handele, so beweist die Unhaltbarkeit der in Rede stehenden Auffassung doch ohne Zweifel die Tatsache, daß der Zahlende nicht allein auf die condictio indebiti angewiesen ist, sondern daß ihm auch die alte Klage noch zusteht. Wäre die Forderung infolge der Koexistenz bereits erloschen, so müßte ihm diese Klage versagt sein.[3])

Auch die l. 11 D. 16, 2, inhaltsderen beim Gegenüberstehen einer unverzinslichen und einer zinstragenden Forderung der Zinsenlauf aufhören soll, vermag die Lehre nicht zu stützen. Wozu hätte es noch dieser Konstitution bedurft, wenn die verzinsliche Forderung bereits im Momente der Koexistenz untergegangen war? Außerdem greift dieser Grundsatz auch dann nicht durch, wenn auf **beiden** Seiten verzinsliche Forderungen stehen. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist diese Lehre angesichts des § 387 offensichtlich unhaltbar. Sie ist deswegen gar nicht wieder aufgenommen worden.

Im Gegensatz zu dieser Lehre hielten die Anhänger der unter 2 erwähnten Auffassung eine menschliche Mitwirkung bei dem Kompensationsvollzuge für unerläßlich. In dem Bestreben aber, die Sätze zu vereinigen, daß die Wirkungen von der Kompensabilität eintreten, und daß zur Herbeiführung dieses Erfolges eine menschliche Tätigkeit erforderlich ist, gehen die Ansichten darin auseinander, wie der rechtliche Vorgang dieses Falls zu konstruieren ist. Hier hat die Lehre des Azo ihren Einfluß geltend gemacht, welche in Wirklichkeit zwei grundverschiedene Richtungen enthält. Der Grund der hier entstehenden Meinungsverschiedenheiten muß in der nicht genügenden Erfassung des Bedingungsbegriffs gefunden werden, indem die Wirkung der Bedingung schlechthin mit „Retrotraktion" bezeichnet und dabei vergessen wurde, daß sowohl „Rückziehung" wie „Rückwirkung" darin einbegriffen sind. Während aber bei ersterer die Wirkungen sofort bei der Kompensationslage vorhanden sind, treten sie bei der Rückwirkung erst mit Erfüllung der Bedingung ein und werden dann entweder alle (absolute) oder teilweise (relative Rückwirkung) auf den Moment der Kompensabilität zurückbezogen. In diesem Zusammenhange ist die sogen. Rückziehungstheorie zu erörtern, denn im römischen Recht ist die suspensive Bedingung mit rückziehender Kraft ausgestattet. Auch die gesetzliche Bedingung ist analog als diesem Grundsatze unterworfen zu erachten, weswegen auch **Unterholzner** in diesem Zusammenhange nicht ganz zu Unrecht auf die lex commissoria hin-

---

[1]) s. oben S. 58.
[2]) **Leonhard** a. a. O. S. 115, 163.
[3]) s. oben S. 58.

weist.[1]) Zahlreiche Schriftsteller, wie z. B. Unger[2]) und Unterholzner, erblicken nun in der Bedingung, unter der sich zwei aufrechenbare Forderungen von selbst aufheben, eine solche Rechtsbedingung mit rückziehender Kraft und stellen daher das Dogma auf: Die Aufrechnung kompensabler Forderungen tritt von selbst ein, aber unter der Bedingung deren Geltendmachung, d. h. ist die Aufrechnung durch Parteivorbringen erklärt, so ist die Bedingung, unter der die Forderungen mit ihrem Gegenübertreten erloschen sind, eingetreten. Sonach vollzieht sich die Aufrechnung durch ein bedingtes Rechtsereignis, und zwar ist die Kompensationslage Ursache, die Aufrechnungserklärung Bedingung der Tilgung.

Die Bedeutung der Aufrechnungserklärung liegt bei dieser Theorie also darin, daß sie über die in der Vergangenheit liegende ungewisse Tatsache, ob die Forderungen von selbst erloschen sind oder nicht, nunmehr definitive Gewißheit geben soll. In diesem Lichte erscheint die geißelnde Bemerkung von Brinz doch nicht ganz zutreffend. Dasselbe muß auch von Dernburgs Kritik gesagt werden, wenn er meint, daß eine Wirkung „nach den Gesetzen natürlicher Logik nie aus der bloß eigenen Kraft der Tatsachen hervorgegangen sei".

Diese Theorie wird von Windscheid und Dernburg als die gemeinrechtlich herrschende bezeichnet.[3])

Auch diese Theorie trifft nicht das Richtige. Dieselben Gründe, die uns zur Bekämpfung der unter 1 erörterten Auffassung nötigten, müssen auch zur Bekämpfung dieser Lehre ins Feld geführt werden. Dazu kommt noch folgendes: Es ist an keiner Stelle in den Quellen eine Andeutung gemacht worden, daß das ipso jure an eine Rechtsbedingung geknüpft sei. Es hätte eine solche Erwähnung aber auch keinen Sinn. Tritt eine Wirkung nur infolge menschlicher Intervention ans Licht, wozu ist dann die Hervorhebung eines Gegensatzes zu einer menschlicher Mitwirkung noch erforderlich! Wir sind also zu einer Beschränkung des ipso jure in dem Sinne dieser Lehre durchaus nicht berechtigt.

Daß auch die Anhänger dieser Lehre für deren Richtigkeit die Zulässigkeit der condictio und die Hemmung des Zinsenlaufs ins Feld führen, ist erklärlich. Jedoch bedarf es zur Erklärung dieser Erscheinungen der Konstruktion der bedingten Selbstaufhebung nicht. Die l. 11 D. 16, 2 vor allem beruht auf einer speziellen Gesetzesvorschrift, sie trägt also einen Ausnahmecharakter und kann aus diesem Grunde zur Stütze der Lehre nicht verwandt werden.

Zahlreiche Schriftsteller wie Dernburg,[4]) Endemann,[5]) Oertmann,[6]) Crome,[7]) Kohler,[8]) Liebknecht[9]) u. a. haben auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die Rückziehungstheorie aufgestellt. Oertmann hat sie sogar als die „allein annehmbare" bezeichnet. Diese Schriftsteller geben ihrer Auffassung einen verschiedenartigen Ausdruck. Weismann[10]) spricht von einem schon durch das bloße Gegenübertreten zur Aufrechnung geeigneter Forderungen geschaffenen „Aufrechnungsverhältnis", Oertmann von einem unter aufschiebender Bedingung eingetretenen Forderungsuntergang, Kohler und auch Weismann von einer „rechtlichen Gebundenheit", einer „Vinkulierung". Liebknecht formuliert seinen Standpunkt folgendermaßen:

„Es wird jetzt nicht kompensiert, weil keine kompensable Forderung mehr besteht, es ist aber bereits kompensiert — freilich nur potestativ bedingt —, weil die Forderung einst der anderen kompensabel gegenüberstand".

Eine besondere Ausgestaltung gibt Endemann dieser Lehre. Er erklärt, daß vom

---

[1]) Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse S. 552 ff.
[2]) Unger, Österr. PrivR. Bd. 2 S. 490 ff. und 545.
[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 349 N. 10; Windscheid II § 349 Anm. 10.
[4]) Dernburg, Bürgerl. R. II S. 128.
[5]) Endemann a. a. O. S. 644.
[6]) Oertmann a. a. O. S. 114.
[7]) Crome a. a. O. S. 299.
[8]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 32 ff.
[9]) Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 110.
[10]) Weismann bei Busch Bd. 26 S. 35.

Beginn der (objektiven) Aufrechnungslage die gegenseitigen Forderungen getilgt seien. Zur „Auslösung" dieser Wirkungen sei aber die Aufrechnungserklärung erforderlich, welche jene Vernichtung definitiv „enthülle" und darum nur deklaratorischen Charakter habe. Endemann weicht hiernach auch sachlich von den übrigen insofern ab, als er gewisse „unausgelöste", sogen. „Vorwirkungen" konstatiert, zugleich aber anscheinend auch „ausgelöste" Wirkungen annimmt, die nicht nur ohne die Erklärung vorhanden sind, sondern sich auch ohne sie zeigen. Er nähert sich insofern der Auffassung von Kohler und Weismann, nach denen ebenfalls Vorwirkungen vorhanden sein müssen, die sich in einer Vinkulierung, einer Schwächung der Forderungen äußern, während die überwiegende Mehrheit der Anhänger die Gesamtwirkung von der Bedingung abhängig macht.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch kann indes diese Theorie keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben. Es spricht zunächst die Auffassung des Gesetzgebers gegen sie. Nach § 388 bewirkt nicht — auch nicht bedingt — die Koexistenz der Forderungen, sondern die Aufrechnungserklärung den Untergang derselben: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung." „Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen . . . als erloschen gelten." Die Forderungen sollen auch nur im Zeitpunkte ihres ersten Gegenübertretens erloschen „gelten", in Wirklichkeit sind sie also nicht schon untergegangen. Durch diese Bestimmung ist der Standpunkt des Gesetzes klar gekennzeichnet. Von einem „nicht verbindlichen Gesetzesinhalt" hier zu sprechen, nur um mit der eigenen Lehre nicht in bedenklichen Konflikt zu geraten, wie Endemann tut, ist nicht angängig.

Bei der Bekämpfung der in Rede stehenden Theorie können wir uns aber von vornherein nicht der Beweisführung von Planck,[1] Leonhard,[2] Kipp,[3] und Schollmeyer[4] anschließen, welche die Richtigkeit der Lehre mit Hinweis darauf bestreiten, daß sie zur Erklärung der von dem Bürgerlichen Gesetzbuche sanktionierten Rückwirkung nicht ausreiche, da der mit der Aufrechnungserklärung verknüpfte Erfolg keinesfalls mit dinglicher Rückwirkung, sondern erst im Eintritte der Bedingung, d. h. der Erklärung eintreten könne. Diese Schriftsteller gehen von der unrichtigen Auffassung aus, daß die gesetzlichen Bedingungen analog den rechtsgeschäftlichen behandelt werden müssen, und daß letztere nicht mit rückwirkender Kraft ausgestattet sind. Es ist aber dem Bürgerlichen Gesetzbuche die rückziehende Kraft einer gesetzlichen Bedingung wohl bekannt und es hat auch an verschiedenen Stellen den Grundsatz ausgesprochen, daß der Eintritt einer gesetzlichen Bedingung mit dinglicher Kraft zurückwirke (vgl. §§ 177, 415, 1643, 1029 und 1832). So wird z. B. gemäß § 108 der mit einem Minderjährigen unter der gesetzlichen Bedingung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossene Vertrag als von Anfang an wirksam angesehen, wenn die Genehmigung nachträglich erteilt wird.

Wir müssen die Theorie für das neue Recht bekämpfen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch nicht die notwendigen Konsequenzen einer wirklichen Zurückziehung kennt.

a) Das Prinzip der bekämpften Selbstaufhebung findet keine Anwendung für den Fall, daß auf der Aktivseite Hauptsumme und Zinsen geschuldet werden. Würden sich beide Forderungen bei ihrer Koexistenz von selbst — wenn auch nur bedingt — getilgt haben, so müßte von diesem Zeitpunkte der Zinsenlauf aufhören. Daß dieses aber nicht der Fall ist, ergibt sich aus § 396. Ein Beispiel diene zur Erläuterung: A verschuldet am 1. 4. 1906 dem B ein Darlehen von 100 Mk. und Zinsen zu 5 % seit 2 Jahren, und hatte am 1. 4. 1905 gegen B eine unverzinsliche kompensable Forderung von 105 Mk. erworben. Nach jener Theorie müßten nun, falls A am 1. 4. 1906 mit seiner Gegenforderung von 105 Mk. die Aufrechnung erklärt, an diesem Tage beide Forderungen vollständig untergegangen sein, denn

[1]) Planck a. a. O.
[2]) Leonhard im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 199.
[3]) Kipp zu Windscheid a. a. O. S. 439.
[4]) Schollmeyer a. a. O.

am 1. 4. 1905 waren beide Teile einander 105 Mk. schuldig.[1]) Diese Konsequenz hat aber das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gezogen. Es hat vielmehr im § 396 bestimmt, daß wenn auf der Aktivseite außer der Hauptleistung auch Zinsen geschuldet werden und die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zur Deckung beider Forderungen nicht ausreicht, diese zunächst auf die Zinsen und dann erst auf das Kapital verrechnet werden müssen, wobei sämtliche bis zur Aufrechnungserklärung fällig gewordenen Zinsen zu berücksichtigen sind.[2]) In dem erwähnten Beispiele muß also A zunächst die 105 Mk. auf die Zinsforderung von 10 Mk., und dann erst auf das Kapital von 100 Mk. verrechnen, so daß er einen Kapitalrestbetrag von 5 Mk. schuldig bleibt. Nunmehr sieht das Bürgerliche Gesetzbuch die Sachlage so an, als ob die gegenseitigen Forderungen in Höhe der sich deckenden Beträge (105 Mk.) schon im Augenblicke des ersten Gegenübertretens erloschen seien. Infolgedessen kann B, da auf das Kapital 95 M. verrechnet sind, für diese 95 Mk. Zinsen nicht mehr verlangen, A schuldet also nur noch 5 Mk. weniger 4,75 Mk. Zinsen, also 0,25 Mk.

b) Würden die Forderungen infolge Selbstaufhebung erloschen sein und die Aufrechnungserklärung diese Tatsache nur deklaratorisch feststellen, so dürfte auch eine später entstehende kompensable Gegenforderung auf den einmal eingetretenen Untergang der Forderungen keinen Einfluß mehr ausüben können. Weiterhin könnte, falls beim Vorliegen mehrerer Forderungen auf der einen oder anderen Seite der aufrechnende Teil gegen eine jüngere Forderung aufgerechnet hat, der Aufrechnungsgegner seinerseits diese Aufrechnung dadurch hinfällig machen, daß er die Aufrechnung mit der älteren Forderung erklärt. Denn jetzt wäre festgestellt, daß der aufrechnende Teil gar keine Forderung mehr besessen. Beide Möglichkeiten sind aber durch § 396 ausgeräumt. Diese Vorschrift gibt dem aufrechnenden Teile ein Wahlrecht, welche Forderung er durch Aufrechnung tilgen will. Auch das dem Gegner zustehende Widerspruchsrecht vermag nicht zu bewirken, daß die zeitlich früher kompensabel gewordene Forderung von der Aufrechnung betroffen wird. Denn der Widerspruch hat nur die Bedeutung, daß die Anrechnung zunächst auf die fällige, dann auf die weniger sichere, dann auf die lästigere und erst in letzter Linie auf die ältere Forderung erfolgt.

Kohler hat demgegenüber freilich behauptet, beim Fehlen eines Widerspruchs oder einer Bestimmung würden gleichwohl die Forderungen getilgt, die zuerst kompensabel geworden, zuerst in das „Vinkulierungsverhältnis" getreten seien. Diese Behauptung würde auch durch § 396, allerdings „in ziemlich ungeschickter Weise zum Ausdruck gebracht". M. E. setzt sich Kohler hierbei in direkten Widerspruch mit dem Gesetz und läßt außerdem außer acht, daß der Widerspruch nur gegen die Passiv-, nicht auch gegen die Aktivforderung erhoben werden kann.[3])

c) Die bekämpfte Theorie nötigt weiterhin zu Konsequenzen, die von verschiedenen Schriftstellern auch gezogen sind.[4]) Ist nämlich jene Ansicht richtig, so besteht die Möglichkeit, daß nach erfolgter Zahlung noch aufgerechnet werden und der nachträglich Aufrechnende, falls er sich im entschuldbaren Irrtum über sein Aufrechnungsrecht befunden, befugt sei, das Gezahlte mittels condictio indebiti zurückzufordern. Ferner, hat ein Teil von dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte Gebrauch gemacht, so erlischt seine Forderung.[5]) Nach dieser Theorie wird gleichwohl die Aufrechnung durch den erklärten Rücktritt nicht ausgeschlossen. Denn diese stellt ja nur den bereits durch das Gegenübertreten herbeigeführten Untergang deklara-

---

[1]) So irrtümlich Landau a. a. O. S. 42 in dem von ihm gebildeten Beispiele.

[2]) vgl. Feder, Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreites in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 54 S. 456.

[3]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 45 f.; dagegen auch Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 111 Anm. 24.

[4]) Kipp zu Windscheid a. a. O. S. 441 f.; Kohler bei Busch Bd. 20 S. 19; v. Hertzberg a. a. O. S. 38 und Liebknecht a. a. O. S. 108; auch Cosack 1. Aufl. S. 364.

[5]) vgl. oben S. 16.

torisch fest. Diese Folgerung wird insbesondere von Endemann gezogen. Der § 357 enthält hiernach nur eine überflüssige Bestimmung, welche sich schon aus der Natur der Aufrechnung von selbst ergibt, und auch die §§ 390 Abs. 2 und 406 — letztere Vorschrift insoweit, als sie die Aufrechnung mit der vor Abtretung erworbenen Gegenforderung betrifft — bilden nur einen Ausfluß von dem Prinzip der bedingten Selbstaufhebung.[1])

Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs beweist aber, daß auch in diesen Fällen von einer Rückziehung nicht die Rede sein kann. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist dem Zahlenden die condictio indebiti bei Zahlung troz Aufrechnungsmöglichkeit versagt. Nach § 387 ist für die Aufrechnung notwendige Voraussetzung, daß zur Zeit ihrer Erklärung auf jeder Seite eine kompensable Forderung wirksam besteht. Daß einmal zwei Forderungen kompensabel gegenüber gestanden haben, ist nicht genügend. Da aber durch die Zahlung die Forderung untergegangen ist, so fehlt es für die Aufrechnung an dem gesetzlichen Erfordernis des Bestehens einer Forderung. Es ist also, wie oben gezeigt wurde, gar keine Aufrechnung möglich[2]) und darum auch die Anwendung einer condictio indebiti ausgeschlossen.[3]) Auch Liebknecht vermag diesseitiger Auffassung nach mit dem Hinweis auf die in der Aufrechnungsmöglichkeit liegende facultas alternativa[4]) die Zulassung einer condictio nicht zu rechtfertigen. Es kann durchaus nicht zugegeben werden, daß die „juristische Logik“ diese Folgerung notwendig ziehen muß, da der Zahlende doch nie ein indebitum geleistet hat.[5])

Es muß allerdings zugegeben werden, daß die Bestimmungen der §§ 357, 390 Abs. 2 und 406 zugunsten der gegnerischen Meinung sprechen, daß bis zur Erklärung ein schwebender Tilgungszustand vorhanden ist. Es ist aber bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen,[6]) daß diese Vorschriften einen Ausnahmecharakter tragen und darum aus ihnen nicht mehr Folgerungen gezogen werden dürfen, als der Gesetzgeber in ihnen anerkannt hat. Würden die in Rede stehenden Vorschriften nur eine Konsequenz oder einen Ausfluß von einem allgemein im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Prinzip bedeuten, so ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber hier eine besondere Normierung dieser an sich selbstverständlichen Rechtssätze für erforderlich hielt. Dieser Umstand beweist gerade, daß es mit jenen ausdrücklich ausgesprochenen Grundsätzen eine besondere Bewandtnis haben muß, daß sie als singuläre Bestimmungen aufgefaßt werden müssen.

Der Ausnahmecharakter des § 357 folgt daraus, daß er nur für den Fall des verabredeten Rücktrittsrecht disponiert, und daß die Geltendmachung der Aufrechnung hier an eine zeitliche Schranke gebunden ist, insofern, als sie unverzüglich erklärt werden muß, während sonst für die Ausübung des Aufrechnungsrechtes eine Zeitbestimmung nicht existiert. Daß der § 406 eine Ausnahme vom Prinzip enthält, ist bereits oben dargetan, wo gezeigt wurde, daß es sich hier um Bestimmungen handelt, die im Interesse des Schuldners gegeben sind.[7]) Außerdem kann ja auch, wie Siber richtig hervorhebt,[8]) durch die Aufrechnung im Falle des § 406 weder der Zedent noch der Zessionar befriedigt werden. Ersterer kann keine Befriedigung mehr erhalten, weil er nicht mehr Gläubiger ist und letzterer kann nicht durch Befreiung von einer Forderung befriedigt werden, die nicht gegen ihn, sondern gegen den Zedenten gerichtet ist.

d) Gegen die für das Bürgerliche Gesetzbuch behauptete Selbstaufhebungstheorie spricht

---

[1]) Kohler bei Busch S. 38 f.; Liebknecht a. a. O. S. 109.
[2]) s. oben S. 14 ff.
[3]) vgl. Planck § 389 Anm. 3; Schollmeyer S. 338; Crome Bd. 2 S. 299; Leonhard, Aufrechnung S. 166 und im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 200 f.
[4]) vgl. hierüber unten S. 99.
[5]) Dagegen auch Siber S. 133.
[6]) s. oben S. 16, 8 f. und 36.
[7]) s. oben S. 36 f.
[8]) Siber S. 132.

auch der Umstand, daß trotz kompensablen Gegenübertretens jede der Forderungen den Erlöschungsgründen unterworfen ist, die allgemein für Forderungen gelten. Wir folgern dieses dieses aus § 390 Satz 2, wonach eine Forderung, die einer anderen kompensabel gegenübergetreten ist, gleichwohl von der Verjährung betroffen werden kann. Wäre die bedingte Selbsttilgung richtig, so müßte eine Verjährung unmöglich sein. Ist aber in einer Beziehung der Forderungsuntergang durch das kompensable Gegenübertreten nicht anerkannt, so kann nicht für alle Fälle gelehrt werden, daß die Forderungen sich selbst bei ihrer Koexistenz vernichten.

e) Wir müßten nach jener Theorie schließlich — und dieses Argument mag noch zur Widerlegung der Lehre angeführt werden — auch dem aufrechnenden Teile die condictio für den Fall versagen, daß er in Unkenntnis der Einrede gegen eine einredebehaftete Forderung aufgerechnet hat. Wir haben aber oben konstatiert, daß in diesem Falle dem Aufrechnenden das Konditionsrecht gegeben werden muß. Denn enthielte die Aufrechnung nur ein Berufen auf einen bereits kraft Gesetzes vorhandenen Zustand, eine „Enthüllung" des kraft Gesetzes eingetretenen Forderungsunterganges, so wäre in ihr keine „Leistung" im Sinne des § 813 zu erblicken und der Bereicherungsklage der Boden entzogen.

2. Relative Theorieen.

Die Aufrechnung ist, wie wir gesehen, für das gemeine Recht wie für das Bürgerliche Gesetzbuch kein Rechtsereignis, weder ein bedingtes noch ein unbedingtes. Die Aufrechnung ist, wie die relativen Theorieen richtig behaupten, eine Rechtshandlung. Hierüber herrschte auch in der neueren Wissenschaft des gemeinen Rechts im allgemeinen kaum noch Streit. Man war nur darüber uneinig, ob eine Handlung des die Aufrechnung Begehrenden im Prozesse gefordert werden müsse, oder ob eine einseitige, außergerichtliche Erklärung zur Hervorbringung der Kompensationswirkungen genüge. Gemäß dieser beiden Auffassungen lassen sich die relativen Theorieen in prozessuale und materielle unterscheiden.

1. Die Anhänger der prozessualen Theorie, wie Schwanert,[1]) Eisele[2]) und vor allem Geib[3]) lehren, gegen den Willen der Beteiligten könne eine Aufrechnung nur im Prozesse, d. h. nur durch den Richter vorgenommen werden, die außergerichtlich, einseitig erklärte Aufrechnung — so insbesondere Schwanert — habe nur die Bedeutung eines Kompensationsangebotes, das einem Angebote der Zahlung gleichstehe. Eisele faßt die Mitwirkung des Richters so auf, daß dieser den mangelnden Kompensationswillen des Klägers „suppliert" und dann die Kompensation durch Urteil vollzieht. Diese Ansicht ist insbesondere von Geib gründlich widerlegt. Windscheid hat sie mit Recht einen „unnötigen Umweg" genannt. Er meint, der Richter könne einfach sagen: Du Kläger mußt dir Kompensation gefallen lassen. Nach dieser Auffassung würde auch die Zwangskompensation den Charakter eines Vertrages annehmen, und zwar wäre sie ein zweiseitiges Rechtsgeschäft des kompensierenden Beklagten und des Richters, der den klägerischen Willen ergänzt.[4])

Diese prozessualen Theorieen lassen sich zunächst der Form nach in solche mit und ohne exceptio unterscheiden. Einige Schriftsteller lehren, der Beklagte habe zwecks Vornahme der Kompensation durch den Richter die Gegenforderung in Gestalt einer exceptio vorzubringen und danach Kompensation zu beantragen.[5]) Diese exceptio habe er bereits im Augenblicke

---

[1]) Schwanert a. a. O. S. 68 ff.

[2]) Eisele a. a. O. S. 250 ff.

[3]) Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation; vgl. auch Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium S. 32; Windscheid a. a. O. S. 327, 5 insbes. Anm. 15; Dernburg a. a. O. S. 589.

[4]) Windscheid a. a. O. § 349 Anm. 14 S. 327; vgl. insbes. Geib a. a. O. S. 42 ff.

[5]) So insbes. Dernburg a. a. O. S. 529 ff.; Puchta, Vorlesungen S. 150; Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 359 f.; v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. 2 S. 140 u. a.

des kompensablen Gegenübertretens erworben. Mustergültig kommt dieser letztere Gedanke bei Windscheid zum Ausdruck, der sagt: „Wenn der Schuldner sich der Klage des Gläubigers gegenüber auf seine Gegenforderung beruft, so schafft er sich dadurch nicht erst ein Einrederecht, sondern er macht Gebrauch von einem bereits erworbenen.“

Eisele hingegen vertritt „in seiner Kompensation nach römischem und gemeinem Rechte“ den Standpunkt, daß der Richter zur Vornahme der Aufrechnung auch gezwungen sei, ohne daß der Beklagte eine dahingehende formelle exceptio vorgeschützt habe.[1])

Auch dem Inhalte nach gehen die prozessualen Theorieen auseinander. Brinz und Windscheid erblicken in dem exzeptionsmäßigen Vorbringen der Gegenforderung des Beklagten eine Berufung auf die durch die Koexistenz herbeigeführte Schwächung, die „Affektion“ der Forderung, welche den Klageanspruch als durch diese Affizierung unbegründet erscheinen lasse,[2]) während die übrigen Anhänger der in Rede stehenden Theorie eine Affizierung verneinen. Nach anderen Schriftstellern — insbesondere Puchta — hat die exceptio die Bedeutung, daß das Erlöschen der Forderungen nunmehr auf den Zeitpunkt der Entstehung der Gegenforderung zurückwirkt, woraus notwendig die deklaratorische Natur des die Kompensation aussprechenden Urteils folgt.[3]) Die von Puchta verteidigte Lehre bildet das Gegenstück zu der S. 63f. erörterten Theorie, welche beide in der Wissenschaft unter dem Namen des Azo sich verbergen und darum von den Gegnern auch unter demselben Namen bekämpft werden und welche dahin präzisiert werden kann: Die Aufrechnung kompensabler Forderungen tritt von selbst ein, aber nur kraft juristischer Fiktion, d. h. ist die Aufrechnung durch exceptio geltend gemacht und durch den Richter vollzogen, so wird fingiert, daß die Forderungen mit dem Eintritt der Aufrechnungslage erloschen seien. Der Gegensatz zu der oben widerlegten Theorie tritt am klarsten hervor, wenn man formuliert: Für den Aufrechnungsvollzug ist die Aufrechnungslage Voraussetzung und die Aufrechnungserklärung Ursache.

Diese prozessuale Theorie ist aber unhaltbar. Das Rechtsinstitut der Aufrechnung, das dem Prinzip der Billigkeit sein Dasein verdankt, würde seine Zweckbestimmung verfehlen und zu offenbaren Unbilligkeiten führen, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit nur auf den Prozeß beschränkt ist. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen der Schuldner das lebhafteste Interesse an dem Kompensationsakte hat und ihm wesentliche Nachteile erwachsen würden, falls er nur auf die Aufrechnung im Prozesse angewiesen wäre. Man denke nur, der Gläubiger hat für die Schuld Faustpfänder und der Schuldner will die Rückgabe. Es sind Bürgen vorhanden und der Schuldner will ihre Freigebung. Es besteht eine Hypothek und der Schuldner will ihre Löschung. Ein anderes Beispiel möge noch hinzugefügt werden:

A hat seinem Gläubiger B für seine Darlehensschuld von 1000 Mk. ein Pferd verpfändet und erwirbt später aus einem Vermächtnis eine Forderung von 1000 Mk. gegen B. A will aufrechnen und sein Pferd heraushaben. B aber verweigert die Kompensation. Könnte nur im Prozesse kompensiert werden, so müßte A, um in den Besitz seines Pferdes zu kommen, zunächst das Darlehen zurückzahlen. Wäre er hierzu nicht imstande und strengte gegen B Klage an, so liefe er Gefahr, den Prozeß zu verlieren, da B im Prozesse die Kompensation erklären würde. Sollte A wirklich erst warten müssen, bis er von B verklagt wird, um jetzt seine Darlehensschuld durch Aufrechnung zu tilgen? — Eine Lehre, die zu solch praktischen Unzuträglichkeiten führen muß, ist entschieden zurückzuweisen. Oder sollen dem scharfsinnigen Römer diese und ähnliche Fälle nicht vorgeschwebt haben? Soll das merum jus der römischen

---

[1]) vgl. auch Sintenis, Zeitschr. f. Zivilr. u. Prozeß Bd. 18 S. 6; Eisele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 44 Anm. 62; Brinz, Pand. II S. 424.

[2]) Brinz a. a. O. § 287; Windscheid a. a. O. § 349.

[3]) Puchta, Vorlesungen § 290 S. 150; Holzschuher, Gem. Zivilr. Bd. 3 S. 359. Die deklaratorische Natur des Urteils wird auch von Petersen in Gruchots Beiträgen Bd. 31 S. 547f., von Kohler bei Busch Bd. 20 und von Geib a. a. O. S. 88ff. behauptet, freilich von jedem mit besonderer Begründung.

Kompensation wirklich in einem solchen unbilligen Rechte bestanden haben? Es ist verständlich, wenn Ohnsorge diese Theorie „als einen von der neueren Doktrin erfundenen Notbehelf" charakterisiert hat.[1])

2. Der praktischen Vernunft werden allein die materiellen Theorieen gerecht, welche lehren, daß der Kompensant durch eine außergerichtliche, einseitige Erklärung den Kompensationsvollzug herbeiführen könne, ohne daß eine Mitwirkung des Gegners oder des Richters vorzuliegen braucht. Diesen Standpunkt hat denn auch für das gemeine Recht die Rechtsprechung[2]) des 19. Jahrhunderts längst vertreten und wiederholt in Entscheidungen den Grundsatz ausgesprochen, daß zum Kompensationsvollzuge die einseitige Erklärung genügend und ausreichend sei. Und zwar stellten zuerst die höchsten Gerichte der Einzelstaaten, dann das Reichsoberhandelsgericht diesen Grundsatz auf, denen schließlich auch das Reichsgericht folgte. So heißt es in dem berühmten Urteile vom 11. 10. 1883: „Der Richter vollzieht nicht die Kompensation, sondern er stellt die durch Willenserklärung des Schuldners eingetretene und zu Unrecht geleugnete fest." [3]) Auch die Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts werden von dem Geiste getragen, der aus dieser gesunden Rechtsprechung ihnen entgegenwehte. Das beweist der Umstand, daß die Gesetzbücher dieser Zeit die Aufrechnung als ein einseitiges, außergerichtliches Rechtsgeschäft aufgenommen haben.[4])

Ganz anders dagegen die juristische Wissenschaft! Hier wurde nur vereinzelt die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung richtig erkannt. Ganz klar ist sie aber schon von Bartolus in seinem Digestenkommentar dargestellt, der sagt[5]):

> „requiritur ergo voluntas debitoris compensantis, et ex hoc dico vobis, quod non est necesse ad extinguendum debitum ipso jure, quod compensatio opponatur in judicio, sed ubicunque notifico tibi, quod volo debitum cum creditore compensare ipso jure tollitur obligatio."

Während Bethmann-Hollweg[6]) nur gelegentlich erwähnt, daß ein positives Recht die einseitige Aufrechnung zulassen könne und Ubbelohde[7]) die Möglichkeit einer außergerichtlichen Kompensation zugibt, ist zuerst Gruchot[8]) und Ohnsorge[9]) für die einseitige außergerichtliche Aufrechnung eingetreten, denen nunmehr eine große Anzahl Schrift-

---

[1]) Ohnsorge in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 20 S. 289.

[2]) Abweichend nur Seufferts Arch. Bd. 12 Nr. 23; Bd. 34 Nr. 29.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 7 Nr. 165 (Wolfenbüttel); Bd. 17 Nr. 234 (Dresden); Bd. 19 Nr. 144 (Rostock); Bd. 22 Nr. 128 (Lübeck); Bd. 23 Nr. 122 (Stuttgart); Bd. 28 Nr. 215 (München); Bd. 30 Nr. 134 (Berlin); Bd. 38 Nr. 222 (Braunschweig); ROHG. Bd. 7 S. 86; Bd. 9 S. 109; Bd. 13 S. 262.

[4]) Das privatrechtliche Gesetzbuch des Kanton Zürich (1854) in § 1052: „Es hängt von dem Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Recht zu kompensieren, Gebrauch oder die Gegenforderung in anderer Weise geltend machen wolle." Das BGB. für das Königreich Sachsen (1863) in § 992: „Die Aufrechnung findet statt, wenn der eine Gläubiger dem andern gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich erklärt, daß er aufrechnen will." Der Entwurf eines deutschen Obligationsrechts Art. 384: „. . . die Wirkung (das Erlöschen der Forderung) tritt jedoch nur unter der Voraussetzung ein, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt hat, von seinem Rechte zur Aufrechnung Gebrauch machen zu wollen." Ähnlich der Entwurf eines Zivilgesetzbuches für das Großherzogtum Hessen Abt. 4 Buch 1 Titel 4 Art. 318.

[5]) Bartoli, Commentarii in Secundam Digesti veteris partem. Lugduni 1550 fol. 150.

[6]) Bethmann-Hollweg, Der römische Zivilprozeß.

[7]) Ubbelohde, Ipso jure compensatur S. 261.

[8]) Gruchot in Gruchots Beiträgen Bd. 19 S. 325—334.

[9]) Ohnsorge a. a. O. S. 288f., für das heutige nicht aber für das frühere Recht: Dernburg, Pand. 4. Aufl. Bd. 2 S. 178 Anm. 1.

steller folgte.[1]) Vor allem hat Kohler die Aufrechnung als einseitiges, materielles Rechtsgeschäft verteidigt.[2])

Daß die Aufrechnung aber schon im römischen Rechte die Natur eines materiellen Rechtsgeschäftes besessen, ist bislang eingehend nur von Leonhard[3]) und neuerdings von Feder[4]) gelehrt und durch Quellenzeugnisse unter Beweis gestellt worden. Auch unserer Auffassung nach hat die römische Kompensation die Natur eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes besessen. Zum Beweise unserer Behauptung werden außer den Quellenzeugnissen, auf welche jene Schriftsteller sich berufen, noch folgende Quellenzeugnisse ins Feld geführt.

An erster Stelle mag ein Fragment Julians den Beweis liefern, jenes dialektisch vollendet geschulten, die Vollkraft römischer Jurisprudenz in sich verkörpernden Rechtsgelehrten, der kein Wort zu wenig, kein Wort zu viel sagt. Er spricht in der l. 2 D. 16, 2 unzweideutig den Grundsatz aus:

„unusquisque creditorem suum eundemque debitorem summovet, si paratus est compensare."

Jeder der Beteiligten in seiner Eigenschaft als Schuldner vernichtet den Klageanspruch, schlägt den Gläubiger wirksam zurück. Von der Partei, nicht von dem judex sagt Julian: summovet. Weiterhin: Nicht erst eine vollzogene Kompensation, sondern die bloße Bereitwilligkeitserklärung der Kompensation ist für das summovere ausreichend. Auch nicht die bloße Möglichkeit der Klagevernichtung, nicht ein summovere potest liegt in der Gewalt des Schuldners, sondern die Zerstörung des Anspruchs selbst wird durch ihn herbeigeführt. Wer aber möchte sich unterfangen, jenem Julian, welchem die Römer nur einen Papinian als ebenbürtig an die Seite stellten, den Vorwurf der Ungenauigkeit zu machen, als ob er nur ein summovere potest damit hätte ausdrücken wollen?

Als zweites Argument diene die l. 20 § 2 D. 40, 7, in welcher auch Paulus denselben Grundsatz anerkennt, indem er sagt:

„. . . si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber."

Als letzter in der Reihe der Sprecher mag Sextus Pomponius, der gelehrte Schüler Julians gehört werden. Er betrachtet in der l. 3 D. h. t. die Kompensation vom wirtschaftlichen Standpunkte aus. Sie dient zur Sicherung des Gläubigers gegenüber seinem zahlungsunfähigen Schuldner und ihn belangenden Gegengläubiger. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, muß der Gläubiger-Schuldner ein Recht haben, einseitig kompensieren zu können; nichts anderes sagt Pomponius in dem erwähnten Quellenzeugnisse:

„ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere."

Es hieße den Gedanken dieser Stelle verblassen, wollte man sie, wie z. B. Ubbelohde[5]) nur dahin übersetzen, daß die Kompensation eine „zweckmäßige Notwendigkeit" sei. Beweist nicht schon ihre äußere Stellung unmittelbar hinter jenem kostbaren Fragmente Julians, daß diese nicht willkürlich von den Kompilatoren gewählt sein kann? Der Bedeutung des Wortes „necessaria" wird nur die Auslegung vollkommen gerecht, daß der Gläubiger seinen Schuldner und Gegengläubiger zwingen kann, sich für seine Gegenforderung mit seiner Schuld zu befriedigen, oder was dasselbe heißt, daß er einseitig kompensieren kann.[6])

---

[1]) Stölzel a. a. O. S. 9; James in Goldschmidts Arch. für bürgerl. R. Bd. 15 S. 155; Nötzel, Die außergerichtliche compensatio nach gemeinem R.; v. Herzberg a. a. O. S. 23f.; Eccius bei Gruchot Bd. 42 S. 17.

[2]) Kohler bei Busch Bd. 20 S. 6f.

[3]) Leonhard, Aufrechnung S. 30f.

[4]) Feder a. a. O. S. 468f.

[5]) Ubbelohde a. a. O. S. 241 Anm. 17.

[6]) vgl. noch l. 12 C. 4, 31, aus der ebenfalls hervorgeht, daß eine einseitige außergerichtliche Aufrechnungserklärung zum Kompensationsvollzuge ausreicht; vgl. auch Mot. zum BGB. a. a. O. S. 108.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gilt der Grundsatz, daß gegen den Willen des Gegners die Aufrechnung durch einseitige Willenserklärung wirksam vollzogen werden kann. In diesem Sinne bestimmt der § 388: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile." Durch diese Bestimmung ist entgültig entschieden, daß zum wirksamen Kompensationsvollzuge weder eine Zustimmung des Gegners, noch die Mitwirkung des Richters erforderlich ist. Die Vertragsnatur der Aufrechnung ist damit für das heutige Recht verneint. Lediglich der Wille des Aufrechnenden, d. h. sein erklärter Wille ist zur Hervorbringung des Aufrechnungserfolges das Entscheidende, der auch außergerichtlich dem Gegner gegenüber erklärt werden kann. Die Erklärung ist sonach ein materielles, einseitiges, empfangbedürftiges Rechtsgeschäft, auf welches die allgemeinen Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch für Willenserklärungen und insbesondere für einseitige Rechtsgeschäfte aufstellt, Anwendung finden. Danach übt die auf Aufrechnung gerichtete Willenserklärung, wenn sie einem abwesenden Gegner gegenüber wirken soll, erst dann die tilgende Wirkung aus, wenn sie diesem zugeht (§ 130). Dies gilt vornehmlich für den Fall, daß die Aufrechnungserklärung schriftlich abgegeben wird. Es kommt hier nur darauf an, ob das Schriftstück in die Hände des Adressaten wirklich gelangt ist, so daß er die Möglichkeit hatte, sich von dem Inhalte desselben in Kenntnis zu setzen. Ob er das wirklich getan hat, bleibt für den Aufrechnungserfolg selbst ganz außer Betracht. Daß die Abgabe der Erklärung unmittelbar an die Person des Gegners erfolgt, ist nicht erforderlich. Es genügt die Mitteilung an einen Dritten mit dem Auftrage, dem Aufrechnungsgegner die Erklärung zu übermitteln. Denn in diesem Falle erscheint der Dritte als das lebendige Werkzeug, dessen sich der Kompensant zur Erreichung seines Zweckes bedient. Hier tritt dann selbstverständlich der Aufrechnungsvollzug in dem Zeitpunkte ein, wo der Dritte dem Auftrage gemäß die Erklärung dem Gegenkontrahenten überbringt. Der Kompensant kann auch durch Gerichtsvollzieherakt oder durch öffentliche Zustellung, falls deren Erfordernisse vorliegen, seine Erklärung dem Gegner gegenüber abgeben (§ 132). Daß der Aufrechnende notwendig seine Erklärung in die Worte kleidet: „Ich rechne auf", ist zur Hervorbringung des tilgenden Erfolges nicht unumgängliches Erfordernis. Eine per factum concludens erfolgte Willenskundgebung muß als gültig anerkannt werden, vorausgesetzt, daß das tatsächliche Verhalten des Aufrechnenden derart ist, daß auf seinen Kompensationswillen geschlossen werden muß. Freilich werden solche Fälle schwer zu konstruieren sein.[1])

Aus dem Wesen der Aufrechnung als einseitigen Rechtsgeschäfts ergibt sich, daß das Verhalten des Empfängers der Aufrechnungserklärung für deren Wirksamkeit belanglos ist. Es kann indes unter Umständen eine Gegenerklärung des Gegners doch von Bedeutung sein, wenn sie die Art und Weise, oder die Rechtmäßigkeit der Aufrechnung angreift. Wenn nämlich der eine Teil erklärt, aufrechnen zu wollen, so muß dies nach den Grundsätzen des Rechtes möglich sein. Liegen also die in den §§ 1—7 erörterten Voraussetzungen nicht vor, so kann der Empfänger der Aufrechnungserklärung gerade wie im Prozesse gegen die Aufrechnung Einreden erheben. Man denke nur an den Fall, daß der Aufrechnungsgegner eine von dem Aufrechnenden ausgestellte Quittung über seine Schuld in den Händen hat. Sein Widerspruch hat hier die Bedeutung, daß die Aufrechnung völlig wirkungslos und seine Gegenforderung vollkommen intakt bleibt.

Ebenso gelten die allgemeinen Vorschriften für diejenige Aufrechnungserklärung, die von oder gegen eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person abgegeben wird. Während die von einer geschäftsunfähigen Person ausgehende Aufrechnungserklärung unwirksam ist (§ 104), kann eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person nur mit Ein-

---

[1]) vgl. Planck § 388 Anm. 1; RG. Bd. 52 S. 303.

willigung ihres gesetzlichen Vertreters eine wirksame Aufrechnung vornehmen (§ 107). Fehlt diese Einwilligung, so ist auch hier die Aufrechnung ohne jede rechtliche Wirkung. Erklärt er aber mit dieser Einwilligung eine Aufrechnung, so kann der Gegner eine schriftliche Einwilligungserklärung des gesetzlichen Vertreters sich vorlegen lassen und die Aufrechnung unverzüglich zurückweisen, falls der Minderjährige diesem Verlangen nicht nachkommt, was auch in diesem Falle die Unwirksamkeit der Aufrechnung zur Folge hat (§ 111). Betreibt aber der Minderjährige mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein selbständiges Erwerbsgeschäft, so ist er in dem Rahmen dieses geschäftlichen Betriebes unbeschränkt zur Aufrechnung befugt (§ 112). Ist gegen eine geschäftsunfähige oder eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person eine Aufrechnung vorzunehmen, so muß sie seinem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt werden, andernfalls sie keine tilgende Wirkung hervorbringt (§ 131). Diesem gegenüber gilt dann die Aufrechnung wirksam vorgenommen, wenn die Erklärung ihm zugegangen ist. In dieser Beziehung greifen die obigen Grundsätze Platz.

Will ein Dritter im Namen des Aufrechnenden aufrechnen, oder soll ihm gegenüber mit Wirkung gegen den Aufrechnungsgegner die Erklärung abgegeben werden, so kommt in beiden Fällen nur dann eine rechtsgültige Aufrechnung zustande, wenn der Dritte zur Abgabe wie zur Entgegennahme der Erklärung von dem Berechtigten besonders bevollmächtigt ist. In dieser Hinsicht finden namentlich die §§ 174 u. 180 Anwendung.

Daß auf Seiten des Gegners Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, ist an sich nach der Konstruktion der Aufrechnung nicht nötig; denn das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt nur eine Willenserklärung „gegenüber dem anderen Teile“. Allein um eine Erklärung einem „andern gegenüber“ abgeben zu können, ist eben erforderlich, daß der andere Teil sich auch einen Begriff von dem machen kann, was ihm erklärt wird, sonst hat die Erklärung nur die Bedeutung, daß sie „in den Wind“ geredet wird. Die Bestimmung des § 131 enthält danach eine wohlgerechtfertigte Vorschrift.

Da die Aufrechnungserklärung gemäß § 389 den sofortigen Untergang der aufgerechneten Forderung herbeiführt, so charakterisiert sich die Aufrechnung als eine über die Forderung getroffene „Verfügung“; denn Verfügung ist begrifflich eine Willenserklärung, durch deren Abgabe eine unmittelbare Rechtsänderung eintritt, sei es nun, daß diese sich — wie bei der Aufrechnung — in dem Untergange oder in der Begründung oder in dem Übergange eines Rechtes äußert. Daraus folgt, daß in concreto nur derjenige aufrechnen kann, dem die Verfügungsbefugnis über die Forderung zusteht. Der Verlust dieser Berechtigung führt auch das Erlöschen des Aufrechnungsrechtes herbei. Durch die Konkurseröffnung wird dem Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen entzogen, darum ist er seit diesem Zeitpunkte auch nicht mehr zur Aufrechnung befugt. Dasselbe gilt von dem Erben, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet ist oder wenn ein Testamentsvollstrecker bestellt wird. Auf Seiten des Aufrechnungsgegners muß ebenfalls das Verfügungsrecht über seine Forderung bestehen. Hat darum der Gegenschuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen eingebüßt, so kann ihm gegenüber auch keine wirksame Aufrechnung mehr erklärt werden. Denn „der Gläubiger kann, wie Weismann richtig bemerkt, über die Forderung seines Schuldners nicht mehr Recht haben, als dieser selbst“.[1])

Die Aufrechnung bietet nun keine Schwierigkeit, wenn auf beiden Seiten nur ein Gläubiger vorhanden ist. Es erhebt sich aber die weitere Frage, wem das Verfügungs- und Aufrechnungsrecht zusteht, falls auf der einen oder anderen Seite mehrere Gläubiger, also mehrere verfügungsberechtigte Personen an der Forderung beteiligt sind. Wenn des BGB. in § 387 nur von „zwei“ Personen spricht, so will es offenbar nur den Regelfall hervor-

---

[1]) Weismann bei Busch Bd. 26 S. 7.

heben. Damit soll aber keineswegs dort die Aufrechnung ausgeschlossen sein, wo mehrere gleichberechtigte Personen in Frage kommen.

1. Sind mehrere Personen an einer teilbaren Forderung berechtigt, so hat im Zweifel jeder einen besonderen, selbständigen, von den übrigen völlig getrennten Anteil und kann darum für diesen seinen abgesonderten Teil auch das Aufrechnungsrecht ausüben. Denn in Wirklichkeit sind in diesem Falle nicht eine, sondern mehrere selbständige Forderungsrechte vorhanden (vgl. § 420 BGB.).

2. Haben mehrere Personen eine unteilbare Leistung zu fordern, so haben die Beteiligten — vorausgesetzt, daß sie nicht Gesamtgläubiger im Sinne des § 428 sind — auch nur ein gemeinschaftliches und ungeteiltes Aufrechnungsrecht. In diesem Falle kann auch der Schuldner dieser unteilbaren Leistung die Aufrechnung nur an alle gemeinschaftlich erklären (§ 432). Dieses Rechtsverhältnis liegt insbesondere vor bei der Gesellschaft und der Erbengemeinschaft, welche Fälle man wohl als Gesamthandsverhältnisse bezeichnet. Der Gesellschafter besitzt keinen selbständigen abgesonderten Teil an dem Gesellschaftsvermögen. Er kann darum auch nicht über seinen Geschäftsanteil und den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen und mit denselben aufrechnen. Steht ihm aber das Recht der Aufrechnung zu (§ 714), so übt er in Wirklichkeit kraft Vollmacht ein fremdes Recht, ein der Gesamtheit der Gesellschaft zustehendes Recht aus.[1]) Weiterhin können gegen Gesellschaftsforderungen auch nur Gesellschaftsschulden aufgerechnet werden, nicht aber auch Schulden, die gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet sind (§§ 719 u. 718). Ähnlich ist das Verhältnis mehrerer Miterben konstruiert, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist. Auch hier kann der Schuldner gegen eine Nachlaßforderung nur eine gegen den Nachlaß, nicht aber eine gegen einen einzelnen Miterben gerichtete Forderung zur Aufrechnung stellen (§ 2040). Diese Grundsätze finden gemäß §§ 1142 u. 1487 auch hinsichtlich des Gesamtguts bei der allgemeinen und der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung. Auch hier steht das Aufrechnungsrecht hinsichtlich einer zum Gesamtgute gehörenden Forderung beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu. Jedoch ist der Mann wegen des ihm eingeräumten Verwaltungsrechtes gemäß § 1443 befugt, dieses gemeinschaftliche Aufrechnungsrecht allein auszuüben. Dasselbe gilt auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1519 Abs. 2 und 1549).

3. Bei dem gesetzlichen Güterstande hat der Mann hinsichtlich des eingebrachten Gutes das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht (§§ 1373 u. 1374). Jedoch ist ihm das Recht, über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau zu verfügen, nicht gewährt. Deswegen müßte konsequenterweise auch die Aufrechnung einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung nur der Ehefrau gestattet sein, — abgesehen davon, daß sie zur Vornahme eines einseitigen, das eingebrachte Gut betreffenden Rechtsgeschäftes der Zustimmung des Mannes bedarf (§ 1398). Jedoch gestattet das Gesetz (§§ 1377 u. 1376 Ziff. 2) dem Mann aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, solche Forderungen, deren Befriedigung aus dem Gesamtgute verlangt werden kann, ohne Zustimmung der Frau aufzurechnen. Der Mann soll das Aufrechnungsrecht aber nur ausüben, wenn die Aufrechnung einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, da er andernfalls der Frau gegenüber schadensersatzpflichtig wird.[2])

Weiterhin folgt aus dem beim gesetzlichen Güterstande geltenden Prinzip, daß die Aufrechnung einer das eingebrachte Gut betreffenden Forderung gegen die Frau auch der Frau gegenüber vorgenommen werden muß (§§ 1403 Abs. 2 Satz 1). Die Erklärung muß jedoch auch dem Manne gegenüber erfolgen, wenn sie in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirksam sein soll. Wird die Aufrechnungserklärung dem Manne gegenüber unterlassen, so wird die Wirksamkeit der Aufrechnung der Frau gegenüber hierdurch in keiner

---

[1]) Weigelin a. a. O. S. 75.
[2]) Planck § 1377.

Weise betroffen, aber hinsichtlich des Nießbrauchsrechtes des Mannes am eingebrachten Gute ist sie ohne nachteilige Wirkung (§ 1403 Abs. 3 Satz 2).

4. Von dem Grundsatze, daß nur derjenige das Recht der Aufrechnung ausüben kann, dem das Verfügungsrecht über die Forderung zusteht, müssen wir jedoch in gewissem Sinne [1]) eine Ausnahme machen. Wir müssen nämlich das Aufrechnungsrecht demjenigen versagen, der nur zur „Einziehung" der Forderung berechtigt ist: Dem Nießbraucher einer Forderung und dem Pfändungspfandgläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist. Es ist bereits in anderem Zusammenhange diese Frage eingehend erörtert worden. Auf jene Ausführung wird an dieser Stelle verwiesen.[2])

Die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung ist lebhaft, insbesondere von Lippmann bestritten worden, der den Nachweis versuchte, daß diese Natur der Aufrechnung begrifflich unmöglich sei, und daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch nicht die mit der Rechtsgeschäftsnatur im Einklang stehenden Konsequenzen gezogen habe.[3]) Lippmann geht davon aus, daß die Motive[4]) die Aufrechnung als eine dem Gläubiger „aufgedrängte" statthafte Befriedigung bezeichnen. Er meint deswegen, wo ein Zwang bestehe, könne nichts Rechtsgeschäftliches vorliegen. Auch spreche die Rückwirkung der Aufrechnung gegen ihre rechtsgeschäftliche Natur, da ein Rechtsgeschäft erst im Augenblicke seiner Vornahme Wirkungen äußern könne.

Lippmann geht aber von falschen Voraussetzungen aus. Der rechtsgeschäftliche Charakter der Aufrechnung wird durch den in ihr liegenden Zwang keineswegs berührte Lippmann übersieht vollkommen das Wesen jedes einseitigen Rechtsgeschäftes. Bei diesem tritt eine Veränderung oder Aufhebung fremder Rechte stets gegen den Willen ihrer Träger ein. Man denke z. B. an die Kündigung, wo ebenfalls dem Gegner die Wirkungen derselben aufgezwungen werden. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, enthält auch der in der Aufrechnung liegende Zwang keine Besonderheit und verstößt insbesondere nicht gegen die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung. Was die Rückwirkung angeht, so beruht diese auf einer speziellen Vorschrift des Gesetzes, auf einer gesetzlichen Fiktion, wie an späterer Stelle gezeigt werden wird. Der Gesetzgeber ist aber befugt, einem Gesetze nach seinem Ermessen rückwirkende Kraft beizulegen. Somit spricht auch die Rückwirkung nicht gegen die Natur der Aufrechnung als einseitigen Rechtsgeschäfts.

§ 9.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe der Aufrechnungserklärung im Prozesse. Die im Prozesse erklärte Aufrechnung ist materielles Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung.

Wir sagten S. 74, daß auch ein Dritter im Namen eines andern die Aufrechnung erklären und anderseits diese Erklärung entgegennehmen kann, wenn er hierzu besonders bevollmächtigt ist und konstatierten für diesen Fall insbesondere die Anwendbarkeit der §§ 174

---

[1]) Wir sagen nur in „gewissem Sinne", weil wir unter „Einziehung" keine „Verfügungsbefugnis" im Sinne des Textes verstehen. Die „Verfügungsbefugnis" im Sinne des Textes schließt alle Arten von Verfügungen in sich, so z. B. auch den Erlaß einer Forderung. Eigentlich ist es darum auch nicht ganz korrekt, hier überhaupt von einer „Ausnahme" zu sprechen. Es mag jedoch gestattet sein, weil in der Wissenschaft z. B. Weigelin teilweise die Verfügungsbefugnis im Sinne des Textes mit der Einziehungsbefugnis identifiziert und darum auch in diesen Fällen dem Einziehungsberechtigten die Aufrechnung gestattet wird.

[2]) s. oben S. 83 ff.

[3]) Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 207—261 und Bd. 43 S. 468—562.

[4]) Mot. II S. 113.

u. 180 Im Besitze einer solchen Ermächtigung ist der Bevollmächtigte befugt, sowohl außergerichtlich wie auch im Laufe eines Prozesses die Aufrechnung vorzunehmen. Es könnte nun wegen der rechtsgeschäftlichen Natur der Aufrechnung zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt die materielle Aufrechnungserklärung im Prozesse zulässig sei. Es müßte aber, so wendet Planck hiergegen ein, ein „ungerechtfertigter Formalismus" genannt werden, wenn man die Vornahme eines derartigen Rechtsgeschäftes, aus welchem Einwendungen gegen einen Anspruch abgeleitet werden, gänzlich aus dem Prozeß verweisen wolle. Ein berechtigter Streit herrscht indes hinsichtlich der Frage, ob die Prozeßvollmacht gleichzeitig die Vollmacht zur Abgabe der Aufrechnungserklärung in sich schließt. Diese Frage haben eine Reihe Schriftsteller, wie z. B. Matthiaß, Oertmann, Planck u. a.[1]) verneint mit dem Hinweis darauf, daß die Aufrechnungserklärung ein materielles Rechtsgeschäft, der Prozeßbevollmächtigte aber nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen, nicht aber auch ohne weiteres zur Vornahme von materiellen Rechtsakten befugt sei. Um diese erklären zu können, bedürfe er einer besonderen hierauf gerichteten Vollmacht. Man muß zugeben, daß dieser Standpunkt an und für sich vollständig berechtigt ist und auch der wörtlichen Auslegung des Gesetzes entspricht. Auch die Praxis hat anfänglich diesen Standpunkt vertreten.[2]) Andererseits läßt sich aber nicht verkennen, daß der Laie, der die Führung eines Prozesses vollkommen in die Hand seines Anwalts gelegt hat und damit jeder Sorge und Mühe um den Prozeß enthoben zu sein glaubt, es als eine Sonderbarkeit und große Unbequemlichkeit empfinden muß, wenn er plötzlich noch selbst in den Prozeß eingreifen und selbst aufrechnen soll. Das praktische Bedürfnis drängt zu einer weiteren Auslegung des Begriffs „Prozeßhandlung" im Sinne des § 81 ZPO.

Prozeßhandlungen im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung sind nicht nur die spezifisch prozessualen Handlungen,[3]) sondern alle Handlungen, welche eine Partei im Prozesse vornimmt, um dadurch auf die Entscheidung der Sache einzuwirken.[4]) In diesem Sinne sind auch die materiellen Rechtsakte darin einbegriffen, welche nur deshalb gleichzeitig zu Prozeßhandlungen werden, weil sie zufällig im Prozesse vorgenommen werden, wie der Vergleich, der Verzicht, die Anerkennung, die Anfechtungserklärung, die Einwilligung und Genehmigung. Daß diese materiellen Rechtshandlungen zugleich den Charakter von Prozeßhandlungen im weiteren Sinne annehmen können, beweist hinsichtlich des Verzichts, des Vergleichs und der Anerkennung der Wortlaut des § 81 ZPO. Es muß dieses auch hinsichtlich anderer materieller Verfügungsakte, also auch der Aufrechnung angenommen werden; denn, „wer Prozeßvollmacht erteilt, so sagt Bunsen, will, daß der Bevollmächtigte im Prozesse so handeln darf und soll wie der Vollmachtgeber selbst es nach Vorschrift der Gesetze kann".[5])

Noch eine andere Erwägung rechtfertigt den hier vertretenen Standpunkt. Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten zu Handlungen, die vom wirtschaftlichen Standpunkte aus bemessen, eine weit tiefere Einwirkung auf die privatrechtlichen Verhältnisse der vertretenen Partei äußern, als die Aufrechnung. Sie ermächtigt zur Anerkennung des klageweisen geltend gemachten Anspruchs, zur Erhebung einer Widerklage aus einer Gegenforderung, zur Verzichtleistung auf dieselbe, Handlungen, denen gegenüber die Aufrechnung als Auf-

---

[1]) Matthiaß a. a. O. S. 439 N. 1; Oertmann § 388 Anm. 1; Planck ebenda; Förster, Sächs. Arch. Bd. 7 S. 401; Otto daselbst Bd. 8 S. 729; Goldschmidt a. a. O. S. 161 u. 212; Siber S. 113; Förtsch, Sächs. Arch. Bd. 7 S. 401—405; Petzold bei Gruchot Bd. 41 S. 845: Petersen, ZPO. (4) S. 219.

[2]) So das LG. Hamburg vom 24. 1. 1900. Hanseatische Gerichtszeitung, Hamburg 1900, Beibl. S. 64.

[3]) D. h. Handlungen, die ihre Bedeutung ausschließlich im Prozesse haben: laden, zustellen, Beweismittel benennen usw.

[4]) vgl. auch RG. Seuff. Arch. Bd. 57 S. 310; DJZ. VII S. 215 und Recht VI S. 282 (vgl. RG. Bd. 50 S. 144, 427).

[5]) Bunsen, Parteien im Zivilprozeß, bei Busch Bd. 26 S. 294.

opferung einer Gegenforderung um den Preis der Forderung nur ein Minus bedeutet. Ist der Bevollmächtigte aber sogar befugt, Handlungen von jener ökonomisch einschneidenden Bedeutung vorzunehmen, so muß er um so mehr solche Verfügungen treffen können, die im Verhältnis zu jenen nur eine geringe ökonomische Veränderung herbeiführen. Es wird denn auch in der Wissenschaft diese Auffassung mit überwiegender Mehrheit geteilt und auch die Praxis hält heute allgemein daran fest, daß der Prozeßbevollmächtigte auf Grund der bloßen Prozeßvollmacht die Aufrechnungserklärung abgeben und entgegennehmen kann.[1])

Einige Schriftsteller haben die in Rede stehende Frage deswegen bejaht, weil sie davon ausgingen, die im Prozeß erklärte Aufrechnung sei lediglich Prozeßhandlung.

An erster Stelle kommt hier Lippmann in Betracht.[2]) Er meint, die im Prozeß erklärte Aufrechnung müsse denselben Charakter tragen, wie die außergerichtlich vorgenommene. Da auch diese nicht materielles Rechtsgeschäft sei, so ergebe sich von selbst, daß auch die im Prozeß erklärte Prozeßhandlung, und zwar nur Prozeßhandlung sein könne; es könne daher nicht zweifelhaft sein, daß der Prozeßbevollmächtigte auf Grund der Prozeßvollmacht im Prozesse aufrechnen könne. Daß Lippmann bei seiner Deduktion von vornherein von einer falschen Auffassung ausgeht, ist bereits an anderer Stelle dargetan.

Auch Wach muß zu den Anhängern dieser Theorie gerechnet werden.[3]) Er deduziert folgendermaßen: Das Vorbringen der Aufrechnung ist immer Verteidigung und diese ihre Eigenschaft als Verteidigungsmittel ist die prinzipale Funktion der Aufrechnung im Prozesse. Ihre rechtsgeschäftliche Bedeutung tritt dagegen vollkommen zurück. Die Aufrechnungserklärung im Prozesse ist Prozeßhandlung, nicht ziviles, zufällig in den Prozeß getragenes Rechtsgeschäft.

Am schärfsten betont Kohler den prozessualen Charakter der im Prozeß erklärten Aufrechnung. Er unterscheidet zwischen „zivilistischer“ und „prozessualer“ Aufrechnung. Die erstere, so lehrt er, vollziehe sich durch das „einseitige Adressengeschäft“ des § 388. Die Aufrechnung im Prozesse dagegen sei eine Rechtshandlung, „die auf den Prozeß gebaut und durch den Prozeß getragen werde. Wer im Prozeß aufrechne, der rechne auf nur als Prozeßpartei und im Prozeßbetriebe“, die Aufrechnung sei daher nichtig, wenn auch das Prozeßverhältnis nichtig sei. Ihre Wirkung erfolge mit der Wirkung der Prozeßhandlung. Diese erhalte sie erst definitiv durch das Urteil, welches entweder die Aufrechnung verwerfe oder zulasse. Die Gegenforderung werde nur in Szene gesetzt unter der Bedingung, daß es nötig sei, um einen wirklichen zuerkannten Klageanspruch zu tilgen.[4])

Diese Lehre ist unhaltbar und von zahlreichen Schriftstellern bekämpft.[5]) Gegen die Richtigkeit der Lehre spricht in erster Linie das Bürgerliche Gesetzbuch selbst. Dieses hat das

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 286; Schollmeyer a. a. O.; Meißel, Hessische Rechtspr. Bd. 4 S. 31; Müller, Sächs. Arch. Bd. 13 S. 155; Alsberg, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 104; Brettner, DJZ. III S. 343; Götte, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 164; Scherer, JurW. 1901 S. 31; Dronke, DJZ. VII S. 220; Raddatz, Sächs. Arch. 1900 S. 21 f.; Kohler bei Busch Bd. 24 S 1 ff; Weismann ebenda Bd. 26 S. 17 ff.; Eccius bei Gruchot Bd. 42 S. 253; Bunsen bei Busch Bd. 24 S. 294. Aus der Praxis: OLG. Hamburg 12. 5. 1900 in Hanseatische Gerichtszeitung 1900 S. 169; Kammergericht 17. 5. 1900 Rechtspr. der Oberlandesgerichte 1900 S. 140; Seuff. Arch. Bd. 56 N. 173, daselbst N. 220; RG. Bd. 53 S. 148; JurW. 1903 S. 21; OLG. Dresden 28. 6. 1900, Sächs. Arch. Bd. 11 S. 117; LG. Insterburg 17. 9. 1900, JurMonatsschr. f. Posen u. Westpreußen 1900 S. 162; OLG. Karlsruhe 25. 10. 1901 S. 385; RG. 18. 2. 1902, JurW. 1902 S. 214. Bd. 50 S. 426; Seuff. Arch. Bd. 57 S. 317.

[2]) Lippmann, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 480 Anm. 47 und S. 501 Anm. 79.

[3]) Wach bei Busch Bd. 27 S. 1 ff.

[4]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 15 ff., Bd. 24 S. 18 ff.

[5]) Eccius, Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 252 ff.; Förtsch ebenda S. 267; Leonhard a. a. O. S. 154; Siber S. 112; Redlich bei Busch Bd. 25 S. 379; Goldschmidt a. a. O. S. 171; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 117; Schollmeyer, Vorbem. zu § 387, 2a; Planck § 388 Anm. 2.

Rechtsinstitut der Aufrechnung einheitlich geregelt. Es kennt nur eine Aufrechnung, die nach § 388 „durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt". Eine Aufrechnung im Prozesse als ein Institut von besonderem, rechtlichem Charakter ist ihm fremd. Auch diese Aufrechnung wird nach § 388 vorgenommen. Auch diese tritt sofort mit der Erklärung in Kraft, und es wird nicht etwa ihre Wirksamkeit so lange hinausgeschoben, bis sie in dem Urteile Anerkennung findet. Die Zivilprozeßordnung enthält überhaupt keine Bestimmungen über das materielle Aufrechnungsrecht. Soweit sie solche gibt, beziehen diese sich nur auf die Geltendmachung der Aufrechnung, welche in ihren Voraussetzungen vom Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist.

Wir müssen diese Lehre weiterhin aus dem Grunde zurückweisen, weil sie zu den bedenklichsten Konsequenzen führt. Nach der Theorie besteht die Möglichkeit, daß jemand im Klagefall während des Prozesses, d. h. außergerichtlich und im Prozesse, d. h. im Laufe desselben aufrechnet. Es ist daher stets zwischen beiden Aufrechnungsarten zu unterscheiden. Die „Inkongruenz" der Lehre, die Kohler übrigens selbst nicht verkennt, liegt nun im folgenden: Hat der Beklagte in erster Instanz die Aufrechnungserklärung einer Gegenforderung unterlassen, so kann er gemäß § 529 Abs. 3 ZPO. in der Berufungsinstanz die Aufrechnung nur mit Einwilligung des Klägers oder nur dann nachholen, wenn er die Unmöglichkeit der Aufrechnung in erster Instanz nachweist. Nach der in Rede stehenden Lehre kann er aber dem die Zulässigkeit der Aufrechnung bestreitenden Kläger einfach entgegenhalten, er berufe sich auf eine zivilrechtliche compensatio jam facta, auf welche der § 529 keine Anwendung finde. Der Beklagte könnte somit die Vorschrift des § 529 bequem umgehen, und zwar nicht nur „ziemlich", wie Kohler meint, sondern u. E. für alle Fälle. Diese Konsequenz, zu welcher die Lehre führen muß, läßt ihre Unrichtigkeit klar erkennen.

Als der einzig richtige Standpunkt erscheint uns folgender:

Hat der Beklagte vor der Klageerhebung noch nicht kompensiert, so daß er sich im Prozeß einfach um eine compensatio jam facta berufen kann und erklärt er erst im Prozesse die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, so enthält diese Erklärung ein doppeltes: Das materielle Aufrechnungsgeschäft und das Berufen auf die nunmehr geschehene Aufrechnung. Sie ist also weder Rechtsgeschäft noch Prozeßhandlung allein, sie ist vielmehr Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung.[1])

An sich könnte ja zweifelhaft sein, ob ein und derselbe Rechtsakt zugleich materielles Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung sein könne. Daß dieses wohl möglich ist, hat insbesondere Fitting nachgewiesen.[2])

Dieser Zweifel mußte in erster Linie hinsichtlich der Verzichtserklärung und der Anerkennung aufsteigen, weswegen auch der § 81 ZPO. ausdrücklich hervorhebt, daß die Prozeßvollmacht zur Erklärung dieser Rechtsakte berechtige, daß Verzicht und Anerkennung also auch zugleich Prozeßhandlungen sein können. Wird im Prozesse aufgerechnet, so hat es mit der Aufrechnungserklärung keine besondere Bewandtnis. Es ist gerade so, wie wenn der Beklagte nach Rechtshängigkeit gezahlt hätte. Auf Grund dieser Leistung kann er sodann prozessual den Einwand erheben, der Anspruch sei durch Leistung erloschen. Man muß also bei der im Prozesse erklärten Aufrechnung stets zwischen dem materiellen Rechtsgeschäfte und dem darauf gestützten Tilgungseinwand genau unterscheiden.[3]) Es muß daher bei der im Prozesse erklärten Aufrechnung sowohl den Erfordernissen des zivilrechtlichen Aufrechnungsgeschäftes als den Erfordernissen einer Prozeßhandlung genügt sein. Hieraus ergeben sich folgende Grundsätze:

1. Für das materielle Aufrechnungsgeschäft greifen die allgemeinen oben erörterten

---

[1]) vgl. Matthiaß a. a. O. S. 438.

[2]) Fitting in der Festgabe der Hallischen Juristenfakultät für Dernburg 1900.

[3]) vgl. auch Siber S. 113; Eccius a. a. O. S. 38; Liebknecht a. a. O. S. 164 ff.

Grundsätze Platz. Danach kann auch im Prozesse nur der Aufrechnungsberechtigte, d. h. die Partei selbst oder ein mit Vollmacht versehener Dritter die Aufrechnung erklären oder diese Erklärung entgegennehmen. Im amtsgerichtlichen Verfahren wird diese Erklärung durchweg von den Parteien selbst abgegeben und entgegengenommen. Sind die Parteien durch Anwälte vertreten — was ja im landgerichtlichen Verfahren die Regel ist — so kann, wie gezeigt, der Anwalt auf Grund der Prozeßvollmacht sowohl aufrechnen, wie eine solche Erklärung annehmen. Und zwar kann die materielle Aufrechnungserklärung mit tilgender Wirkung schon in einem vorbereitenden Schriftsatze erfolgen, vorausgesetzt, daß aus seinem Inhalte hervorgeht, daß der Wille des Erklärenden darauf gerichtet ist, nicht nur ein künftiges prozessuales Vorbringen anzukündigen, sondern damit zugleich die an den Gegner gerichtete rechtsgeschäftliche Aufrechnung vorzunehmen.[1]) Ob das eine oder andere der Fall ist, müssen die Umstände des Einzelfalles entscheiden. Ist die Aufrechnung sofort gewollt, so ist für ihre materielle Wirksamkeit erforderlich, daß der Schriftsatz dem Gegner ordnungsmäßig zugestellt wird. Der Zeitpunkt der Zustellung ist sodann der für die Wirksamkeit entscheidende.[2]) Die tilgende Wirkung der Aufrechnung tritt gemäß § 389 in dem Zeitpunkt der Zustellung ein, ohne daß in der mündlichen Verhandlung die materielle Aufrechnungserklärung wiederholt zu werden braucht.[3])

Wenn nun auch der die Aufrechnung enthaltende, ordnungsmäßig zugestellte Schriftsatz materiell das Erlöschen beider Forderungen herbeigeführt, so hat diese Tatsache jedoch noch keine unmittelbare prozessuale Bedeutung. Denn der Inhalt eines Schriftsatzes wird erst dann Prozeßstoff, wenn er in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wird. Darum muß die Tatsache, daß durch die Zustellung des Schriftsatzes die Aufrechnung vollzogen ist, in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden, da anderenfalls die Aufrechnung wegen der den Zivilprozeß beherrschenden Dispositionsmaxime in dem Urteile nicht berücksichtigt wird. Unterläßt also der Anwalt oder die Partei in der mündlichen Verhandlung den Einwand der im Laufe des Prozesses vollzogenen Aufrechnung geltend zu machen, so ergeht demnächst ein Urteil, das zwar formell richtig, aber mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch steht.

2. Da die im Prozeß erklärte Aufrechnung materielles Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung ist, so folgt hieraus des weiteren, daß der materielle Rechtserfolg nicht einseitig, d. h. gegen den Willen des Aufrechnungsgegners, des Klägers, widerrufen werden kann. Muß der Gegner sich eine einseitige Einwirkung in seine Rechtssphäre gefallen lassen, so ergibt sich aus der Natur der Sache von selbst, daß diese für ihn eine endgültige sein muß, da andernfalls eine völlige Rechtsunsicherheit eintreten würde. Deswegen kann eine einseitige Zurücknahme der Erklärung die Forderungen nicht mehr aufleben lassen. Wird aber eine erklärte Zurücknahme von dem andern Teile genehmigt, so liegt ein Vertrag über die Beseitigung der Folgen der Aufrechnungserklärung vor, der nur für die Beteiligten von Bedeutung ist, nur inter partes wirkt, an den sich aber nicht die Folge knüpfen kann, daß die mit den Forderungen untergegangenen akzessorischen Rechte ohne Zustimmung der subsidiär Verpflichteten wieder aufleben. Es bleiben also Pfänder und Bürgschaften endgültig erloschen, wenn nicht Verpfänder und Bürge ausdrücklich erklärt, von neuem haften zu wollen.[4])

Dahingegen kann der Einwand der geschehenen Aufrechnung wie jedes andere prozessuale Verteidigungsmittel unbeschadet der materiell eingetretenen Rechtswirkung jederzeit einseitig

---

[1]) RG. 13. 8. 1902 JurW. 1902 S. 532 und im Recht VI S. 618; vgl. auch Scherer, Komm. I S. 457; Alsberg im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 104.

[2]) RG. vom 18. 11. 1902 JurW. 1903 S. 21; RG. Bd. 53 S. 148; vgl. auch Meißel, Hessische Rechtspr. Bd. 4 S. 31; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 165, 117 ff. Anm. 33; ders. in „Kompensationsvollzug" § 26.

[3]) vgl. Liebknecht a. a. O.; a. A. Kohler bei Busch Bd. 24 S. 18.

[4]) vgl. Eccius a. a. O. S. 37; Matthiaß S. 438; Weismann a. a. O. S. 27.

zurückgenommen werden. Die Forderungen sind und bleiben für immer durch das materielle Aufrechnungsgeschäft getilgt. Aber das Urteil berücksichtigt den zurückgenommenen Tilgungseinwand nicht mehr, so daß auch in diesem Falle eine der materiellen Rechtslage widersprechende Entscheidung gefällt werden muß.

§ 10.

Die Aufrechnung als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft und die Eventualaufrechnung.

Die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft verträgt keine Bedingung oder Zeitbestimmung. Sie ist ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft. „Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird“ (§ 388). Wie der Gläubiger, so begründen die Motive den Standpunkt des Gesetzes, eine unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgende Zahlung zurückweisen kann, kann er auch eine bedingte oder betagte Aufrechnung ablehnen. Der Aufrechnungsgegner, der eine einseitige Einwirkung in seine privatrechtlichen Verhältnisse seitens eines andern dulden muß, kann verlangen, daß die Rechtslage für ihn definitiv geklärt und gesichert wird. Die Möglichkeit, den Aufrechnungserfolg von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängig zu machen, oder an einen Zeitpunkt zu knüpfen, würde die Verhältnisse eher verdunkeln und verwirren, anstatt sie zu klären. Die Hinzufügung einer Bedingung macht die Aufrechnung unwirksam, einerlei, ob sie im Laufe des Prozesses oder außergerichtlich erklärt wird, ohne daß ein Widerspruch seitens des Aufrechnungsgegners gegen dieselbe zu erfolgen braucht. Insbesondere können im Prozesse wirklich bedingte Aufrechnungserklärungen vorkommen. Man denke z. B.: Es wird die Aufrechnung für den Fall erklärt, daß der Gegner einen ihm zugeschobenen Eid über eine unter Eideszuschiebung behauptete Tatsache leistet.

Die Vorschrift des § 388 trägt aber keinen rechtspolizeilichen Charakter. Sie ist nicht im Interesse der Allgemeinheit erlassen, wie etwa die Bestimmung des § 1317 Abs. 2, welche verbietet, der Erklärung, eine Ehe eingehen zu wollen, Bedingungen oder Zeitbestimmungen hinzuzufügen. Der § 388 enthält kein jus cogens, darum steht nichts im Wege, daß der andere Teil die ausdrückliche Annahme einer bedingten oder betagten Aufrechnungserklärung seinerseits erklärt. Es kommt in diesem Falle ein Vertrag über die bedingte Aufrechnung zustande, an dessen Zulässigkeit kein Zweifel bestehen kann.

Mit dem § 388 ist die höchstwichtige Streitfrage verknüpft, ob auch die sogen. „Eventualaufrechnung“ von seinem Verbot hat betroffen werden sollen. Bevor auf diese Frage des näheren eingegangen wird, mögen noch einige allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt werden.[1])

Man hat die Eventualaufrechnung in Parallele mit der „Vorbehaltszahlung“ gestellt und aus der Unzulässigkeit der letzteren auch die Unzulässigkeit der Eventualaufrechnung gefolgert. Zu diesem Resultat ist insbesondere Förtsch[2]) gelangt, der von einer Gleichstellung der eventuellen Aufrechnung mit der Aufrechnung unter Vorbehalt ausgeht. Von diesem Ausgangspunkte ist freilich seine Lehre ganz folgerichtig, da der Gläubiger — und darüber herrscht in der Wissenschaft kaum Streit[3]) — eine Zahlung, die unter Bestreiten der

---

[1]) Liebknecht a. a. O. S. 116; Stölzel a. a. O. S. 148, 135 ff., 146 und Eccius a. a. O. S. 35 f.

[2]) Förtsch, Die sogen. eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des BGB. bei Gruchot Bd. 42 S. 232.

[3]) vgl. Eccius a. a. O. S. 29 f.; Mot. a. a. O. S. 108; a. A. Stölzel a. a. O. S. 106.

Forderung geschieht, nicht anzunehmen braucht. Der Unterschied, daß die Zahlung erst mit der Annahme des Gläubigers zustande kommt, wohingegen die Aufrechnung ohne, ja gegen seinen Willen rechtsgültig geschieht, fällt hierbei nicht ins Gewicht. Denn gerade aus der Zwangsnatur folgt, daß von dem Interesse des Gegners in der hier in Rede stehenden Richtung völlig abgesehen werden kann. Stölzel hat aus der Analogie von Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung jene Konsequenz nicht gezogen und läßt die Eventualaufaufrechnung zu. Nach Weigelin soll die Vorbehaltsaufrechnung eine „Abart" der eventuellen Aufrechnung sein, die er unbedenklich für gültig hält, „da hier die Aufrechnung an keine Bedingung irgend welcher Art geknüpft ist". Er versteht unter Vorbehaltsaufrechnung diejenige Aufrechnung, die „zwar unbedingt erklärt wird, bei der aber gleichzeitig dagegen Verwahrung eingelegt wird, daß in der Aufrechnungserklärung die Anerkennung der Gegenforderung enthalten sei". Wir lehnen es aber ab, aus der Analogie irgend welche Schlüsse auf die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung zu machen und weisen auch die Ansicht Weigelins zurück, daß unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Vorbehaltsaufrechnung ohne weiteres als gültig anerkannt werden müsse. Wir halten auch die Vorbehaltsaufrechnung für eine wirklich bedingte Aufrechnung, die unter das Verbot des § 380 fällt.[1])

Die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches wäre von vornherein zu verneinen, wenn das Gesetz sein in den Motiven zum Ausdruck gebrachtes Prinzip strikte durchgeführt hätte, daß durch die Aufrechnung sichere und klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden sollen.

Das Problem der Eventualaufrechnung ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein wesentlich anderes als in dem bisherigen Rechte. Hier, wo die Kompensation erst bei Vorbringen im Prozesse durch den Richter vollzogen wurde, wo dieses Vorbringen sich als wirkliche „Einrede" charakterisierte, konnte keinem Zweifel unterliegen, daß ihr eventuelles Vorschützen gestattet war. Ganz anders dagegen in dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Unter seiner Herrschaft kommt nur der Einwand der geschehenen Aufrechnung in Frage. Auch die im Prozesse erklärte Aufrechnung verliert ihren materiellrechtlichen Charakter nicht, wie wir zu zeigen versucht haben. Wir müssen demnach bei unseren folgenden Erörterungen wiederum streng auseinander halten: Den eventuellen Tilgungseinwand auf Grund bereits vollzogener unbedingter Aufrechnung und die eventuelle Aufrechnungserklärung, d. h. die eventuelle Vornahme des materiellen Rechtsgeschäfts.

Der Einwand der geschehenen Aufrechnung kann wie jedes andere Vorbringen des Beklagten erst in zweiter Linie eventuell geltend gemacht werden. Daran besteht kein Zweifel. Die hier zu erörternde Frage ist, kann auch das materielle Aufrechnungsgeschäft eventuell vorgenommen werden oder findet auch der § 388 Satz 2 auf diese Anwendung?

Wir verstehen unter Eventualaufrechnung diejenige Erklärung, es werde mit der Wirkung aufgerechnet, daß der Aufrechnungserfolg erst dann eintreten solle, wenn entweder

a) die Gegenforderung, die bestritten wird, in Wirklichkeit besteht[2]) oder

b) die Gegenforderung nicht schon durch eine Einrede sich als unbegründet erweist.

Suchen wir zunächst den Standpunkt des Gesetzes aus seinen Motiven zu erfahren, so geht aus diesen die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung unzweideutig hervor. Die Motive äußern sich in folgender Weise[3]):

> „Nicht zu verwechseln mit einer bedingten oder betagten Kompensation ist der Fall, wenn der Schuldner im Prozesse den Anspruch zunächst aus anderen Gründen

---

[1]) Weigelin a. a. O. S. 134 ff.

[2]) vgl. auch Fitting: Reichszivilprozeß 7. Aufl. S. 311, 319 (§ 55 II a. E. § 56 III a. E.) „daß der Anspruch des Klägers berechtigt sei"; Gaupp a. a. O. S. 557: „nur für den Fall vorgeschützt, daß die Forderung selbst begründet erscheint". Diese Auffassung bevorzugt einseitig Eccius a. a. O. S. 34 f.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 108.

bekämpft und nur event. Aufrechnung geltend macht. Solchenfalls liegt in der Tat eine unbedingte und unbetagte Kompensationserklärung vor, welche wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfällt, wenn der Richter den eingeklagten Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt erklärt."

Wir müssen uns aber hüten, lediglich die Motive, die doch keine Gesetzeskraft besitzen, zum Beweise der streitigen Frage ins Feld führen. Uns würde mit Recht der Vorwurf gemacht werden müssen, daß wir die Prüfung der Streitfrage durch Hinweis auf beweisloses Material einfach umgangen hätten.

Zahlreiche Schriftsteller haben in dem Umstande, an den der Aufrechnungserfolg geknüpft wird, eine wirkliche Bedingung, eine conditio in futurum collata erblickt. Ein zukünftiges, ungewisses Ereignis soll bei seinem Eintritt über die Rechtswirkung der Aufrechnungserklärung definitive Gewißheit geben. Dieser Standpunkt erscheint in den mannigfachsten Variationen. Es mögen nur einige Auffassungen wiedergegeben werden.[1])

So erklärt z. B. Petersen[2]) für den bedingenden Umstand, „daß die Hauptklage nicht aus anderen Gründen abgewiesen werde"; Daubenspeck[3]): „Daß die Forderung des Klägers vom Richter festgestellt werden sollte" und ähnlich auch Lippmann[4]): „Daß der Richter den eingeklagten Anspruch gerechtfertigt finden werde"; Geib[5]): „Daß der Richter auf Grund dieser Klage an und für sich zu einer kondemnatorischen Sentenz gelangen werde" oder daß es dem Kläger gelingen sollte, die Klageforderung zu beweisen".[6]) Förtsch[7]) sieht das bedingende Ereignis in dem Umstande, „daß der Kompensant sich entweder freiwillig entschlösse, den eingeklagten Anspruch anzuerkennen" oder „daß er durch Urteil festgestellt werde".[8])

Für das materielle Recht kommt es lediglich darauf an, ob ein Anspruch zur Zeit wirklich besteht, eine prinzipal vorgeschützte Einrede tatsächlich unbegründet ist. Diese Umstände liegen in der Gegenwart, sind objektiv sicher, mögen sie auch subjektiv ungewiß sein. Hiernach kann von einer condicio in furturum nicht die Rede sein. Nach jenen Konstruktionen müßte schließlich überhaupt jeder eingeklagte Anspruch im Bestreitungsfalle als bedingt aufgefaßt werden. Denn die Möglichkeit, daß ein im Widerspruch mit der wirklichen Rechtslage stehendes Urteil ergeht, ist in jedem Prozesse gegeben. Man denke nur an den Fall, daß ein Zeuge der Wahrheit zuwider sein Zeugnis abgibt, die Partei irrtümlich ein Verteidigungsmittel unbenutzt läßt, dem Richter ein Rechtsirrtum unterläuft. Auch kann in jedem Prozesse der Beklagte schließlich den Anspruch anerkennen. Es kann aber unmöglich richtig sein, demgemäß jeden Anspruch, der im Klagewege verfolgt wird, schon als bedingt hinzustellen. „Die bestrittene Forderung stellt ein ungewisses und unsicheres, aber kein bedingtes Recht dar."[9])

Gehen wir nunmehr zur Prüfung der oben erwähnten beiden Fälle der Eventualaufrechnung über.

1. Will jemand ausdrücklich, sei es außergerichtlich oder im Prozesse nur für den Fall die Aufrechnung vollzogen wissen, daß die Gegenforderung wirklich besteht, so ist in diesem Falle der Aufrechnungserfolg nicht von einer wahren Bedingung, d. h. von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht. Der bedingende Umstand ist hier der Bestand

---

[1]) vgl. die Übersicht bei Liebknecht a. a. O. S. 112 ff.
[2]) Petersen bei Busch Bd. 1 S. 98.
[3]) Daubenspeck, Referat und Votum S. 146.
[4]) Lippmann, Iherings Jahrbücher Bd. 43 S. 244.
[5]) Geib a. a. O. S. 104 f.
[6]) vgl. Geib S. 77.
[7]) Förtsch a. a. O. S. 231.
[8]) vgl. auch Mansfeld, Zur Lehre von der eventuellen Aufrechnung, in der DJZ. III S. 257.
[9]) vgl. Pfizer, Aufrechnung im Prozeß und Prozeßkosten bei Busch Bd. 22 S. 53; Siber S. 120.

der Gegenforderung, also ein auf die Gegenwart abgestellter Umstand, der aber nicht als Bedingung im Sinne des Gesetzes, und vor allem nicht im Sinne des § 388 aufgefaßt werden kann. Für das gemeine Recht galt freilich der Satz, daß auch die Hinzufügung einer sogen. uneigentlichen Bedingung ein als actus legitimus bezeichnetes Rechtsgeschäft nichtig mache.[1] Dieser Grundsatz läßt sich aber nicht für jene Rechtsgeschäfte durchführen, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Bedingung oder Zeitbestimmung nicht vertragen. In Wirklichkeit rechnet der Kompensant in dem in Rede stehenden Falle nur auf, falls die Gegenforderung besteht. Die Existenz der Gegenforderung ist aber ein gesetzliches Erfordernis für eine wirksame Aufrechnung. Wir haben diese Frage oben eingehend erörtert und nehmen hier auf jene Ausführungen Bezug. Besteht also die Gegenforderung nicht, so kommt überhaupt keine Aufrechnung zustande, mag der Aufrechnende seine Erklärung ausdrücklich an ihre Existenz geknüpft haben oder nicht. Im ersteren Falle hebt er in seiner Aufrechnungserklärung eine gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung, eine condicio juris nochmals ausdrücklich hervor, wodurch natürlich die Wirksamkeit der Erklärung nicht beeinträchtigt werden kann. Wenn sich Liebknecht[2]) gegen diese Lösung wendet mit der Begründung, „sie sei völlig nichtssagend", so mag ihm nur eine Anzahl namhafter Juristen entgegengehalten werden, denen diese Konstruktion durchaus nicht als „nichtssagend" erscheint.[3])

Als unbegründet müssen wir aber die Auffassung von Kipp und Martinius zurückweisen,[4]) welche die Auffassung vertreten, auch eine condicio juris nehme, falls sie ausdrücklich zur Bedingung gemacht werde, den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Bedingung an. Darum werde auch bei der Eventualaufrechnung die gesetzliche Bedingung der Aufrechnung zu einer rechtsgeschäftlichen erhoben, weswegen die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung wenigstens für den Fall verneint werden müsse, daß die Aufrechnung außergerichtlich geltend gemacht wird. Diese Auffassung ist völlig abwegig und durch nichts bewiesen. Einem Umstand, an dem von Rechts wegen die Wirksamkeit gewisser Rechtsakte geknüpft ist, kann diese Eigenschaft nicht durch (einseitigen) Parteiwillen entzogen werden.[4])

Langheineken,[5]) der die Eventualaufrechnung in dem bisher erörterten Falle gleichfalls als an eine condicio juris geknüpft, für unbedenklich zulässig erachtet, meint indes, es reiche diese Konstruktion nicht für den Fall aus, daß die Fälligkeit der Klageforderung, nicht deren Existenz vom Beklagten bestritten werde, eine Frage, die zuerst von Enneccerus[6]) aufgeworfen ist. In diesem Falle sei eine Aufrechnung auch bei der vom Beklagten behaupteten Sachlage begrifflich möglich, weil eben der Schuldner schon vor Fälligkeit die Leistung bewirken könne. Es solle aber für diesen Fall eine solche nach dem Willen des Aufrechnenden nicht erfolgen; daher könne hier die Zulässigkeit der Aufrechnung nur aus ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung gefolgert werden. Wir schließen uns dieser Auffassung an und erklären demgemäß die unter ausdrücklichem Hinweis auf die Fälligkeit der zu tilgenden Gegenforderung erklärte Aufrechnung dann für unzulässig, wenn die Erklärung außergerichtlich abgegeben wird.[7]) Es wird hierüber sogleich gehandelt werden.

2. Wesentlich anders gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn jemand die Aufrechnung

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. 1 S. 426. Eine wahre Bedingung nimmt Meyer, Bedeutung und Charakter der Kompensationserklärung S. 27 Anm. 1 an.

[2]) Liebknecht a. a. O. S. 125.

[3]) Eccius a. a. O. S. 34; Endemann Bd. 1 S. 841 Anm. 13; Gaupp-Stein § 145 IV b. N. 25; Matthiaß a. a. O. S. 439; Planck § 388 Anm. 2; Pfizer a. a. O. S. 51 ff.; Siber S. 118 ff.

[4]) Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 443; Martinius, Eventualaufrechnung im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 284.

[5]) Langheineken a. a. O. S. 132.

[6]) Enneccerus, Bürgerl. R. Bd. 1 § 215 Anm. 18 S. 529.

[7]) vgl. auch Crome, System II § 194 und I S. 304 und Kipp zu Windscheid a. a. O.

mit der Modifikation erklärt, daß sie nur wirksam sein solle, falls der Anspruch nicht schon durch eine Einrede entkräftet ist. Wir reihen hier auch den bereits beregten Fall ein, daß die Aufrechnungserklärung nur wirksam sein solle, wenn die unbestrittene Forderung noch nicht fällig ist, obwohl wir nicht verkennen, daß dieser Fall nur in gewissen Beziehungen dem in Rede stehenden ähnelt. Gegen eine einredebehaftete Forderung kann, wie an anderer Stelle dargetan, die Aufrechnung wirksam erklärt werden, wohingegen die gegen eine nichtbestehende Forderung vorgenommene Aufrechnung schlechthin unwirksam ist. Auch einen noch nicht fälligen Anspruch kann der Schuldner sowohl durch Zahlung wie durch Aufrechnung aus der Welt schaffen. Das Nichtbestehen der Einrede ist nicht condicio juris, wie Hellmann zu Unrecht annimmt.[1]) Sicherlich trifft seine Auffassung nicht für die dilatorische Einrede zu, deren ungeachtet der Schuldner weiter schuldet, obwohl ihre Geltendmachung zur Abweisung der Klage geführt hat, und auch die peremptorische Einrede vermag noch nicht ohne weiteres den Anspruch zu vernichten, vielmehr bringt erst das richterliche Urteil bei ihrem Vorschützen den Anspruch zum Erlöschen. Wir können also für den in Rede stehenden Fall nicht die unter 1) erörterten Grundsätze anwenden. Der ausdrückliche Hinweis auf die Fälligkeit der zu tilgenden Forderung enthält indes eine condicio juris, das Hervorheben eines gesetzlichen Erfordernisses der Aufrechnung. Diese condicio juris ist aber von der unter 1) erörterten in ihrem Wesen grundverschieden. Während die condicio des Bestehens der Forderung für die Aufrechnung in jedem Falle, und zwar unumgänglich erforderlich ist — andernfalls kann überhaupt von einer Aufrechnung nicht die Rede sein —, kann auf die condicio juris der Fälligkeit von dem Aufrechnenden verzichtet werden. Und zwar ist ein solcher stillschweigender Verzicht unter allen Umständen dann anzunehmen, wenn der die Aufrechnung Erklärende in Kenntnis der noch nicht fälligen Forderung aufrechnet. Wird darum Fälligkeit der Forderung ausdrücklich für die Wirksamkeit der Aufrechnung zur Bedingung gesetzt, so hilft ein einfaches Berufen auf eine condicio juris nicht schon über die Schwierigkeit hinweg, wie auch Langheineken richtig erkannt hat. Die condicio juris der Fälligkeit des Anspruchs ist nur in dem Sinne notwendige und gesetzliche Voraussetzung, daß auf sie durch Parteiwillen wirksam verzichtet werden kann.

Der Umstand, daß eine Einrede besteht oder nicht oder begründet ist oder nicht, enthält nun, wie bereits betont, wenigstens für das materielle Recht keine auf die Zukunft, sondern auf die Gegenwart gestellte Bedingung. Dasselbe muß von der Fälligkeit der Forderung gesagt werden. Das Kriterium der eigentlichen Bedingung, soweit sie das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, liegt, wie Matthiaß mit Recht hervorhebt,[2]) in dem essentiellen Schwebezustande. Ein solcher Schwebezustand muß aber für die in praesens gestellte Bedingung verneint und darum die Anwendung der für die eigentlichen Bedingungen geltenden Vorschriften auf die hier in Frage kommenden uneigentlichen Bedingungen an sich zurückgewiesen werden. Die gegenteilige Meinung Hellmanns,[3]) der das Kriterium der eigentlichen condiciones in futurum außer acht läßt, kann deshalb nicht ohne weiteres gebilligt werden.[4]) Jedoch müssen auch wir überall da die Aufrechnungserklärung für unwirksam erachten, wo der Aufrechnende einseitig ihre Wirksamkeit ausdrücklich an solche Umstände knüpft, die sich nicht schon kraft Gesetzes als unverzichtbare Voraussetzungen charakterisieren. Darum schreiben wir auch der Hinzufügung einer condicio in praesens die Wirkung zu, daß sie die Aufrechnung schlechthin unwirksam macht, und zwar gehen wir auch hier von dem legislativen Zweck des § 388 aus, wonach der Aufrechnungsgegner nicht dadurch im Ungewissen und in Unklarheit über den Untergang seiner Forderung sein soll, daß der Aufrechnende seiner Erklärung Modifikationen hinzufügt, die außerhalb der essentiellen Voraussetzungen des Aufrechnungsgeschäftes

---

[1]) Hellmann in der Krit. VSchr. Bd. 41 S. 246 f.
[2]) Matthiaß Bd. 1 S. 237.
[3]) Hellmann a. a. O S. 52.
[4]) Hellmann a. a. O. S. 52.

liegen.[1]) Wir wenden sonach den § 388 Satz 2 analog auch auf die Fälle an, wo jemand den Aufrechnungserfolg von dem Bestehen oder der Begründetheit einer Einrede oder der Fälligkeit der zu tilgenden Forderung abhängig macht.[2]) So sehen wir, daß die Beweiskraft der Motive, welche die Eventualaufrechnung der bedingten Aufrechnung gegenüberstellen und erstere allgemein durch das Verbot des § 388 Satz 2 nicht getroffen erachten, nur in beschränktem Maße die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung zu rechtfertigen geeignet ist.[3])

Wir müssen nunmehr prüfen, ob die Eventualaufrechnung in dem zur Erörterung stehenden Falle auch dann unzulässig und unwirksam ist, wenn der Aufrechnende in den Prozeß gezogen ist und im Prozesse event. aufrechnen will. Bei Lösung dieser Frage kommen jene Schriftsteller nicht in Betracht, welche die Eventualaufrechnung aus Gründen des Prozeßrechts[4]) oder wegen der Zwangslage[5]) rechtfertigen und diesen Fall der Eventualaufrechnung vollkommen unberücksichtigt lassen. Darum läßt sich weder auf § 145 noch auf § 302 ZPO. die Eventualaufrechnung in dem hier zur Erörterung stehenden Sinne stützen, da diese Gesetzesstellen nur voraussetzen, daß gleichzeitig die Klageforderung bestritten und gegen sie aufgerechnet werden kann, also auch den unter 1) beregten Fall im Auge haben.

Bei entsprechender Anwendung des § 388 Satz 2 würde es, wie gezeigt, unzulässig sein, die Aufrechnung im Prozesse für den Fall zu erklären, daß die prinzipaliter vorgeschützte Einrede unbegründet oder die der Existenz nach unbestrittene Forderung fällig sei. Dies Ergebnis steht aber mit dem praktischen Bedürfnisse in krassem Widerspruch, weswegen wir es ablehnen, für die im Prozeß erklärte Aufrechnung diese Konsequenz zu ziehen. Zwar können wir nicht wie Planck ihre Zulässigkeit hier mit dem Hinweis darauf für begründet erachten, daß im Prozeßfalle die Ungewißheit, in welche der Gegner bei der fraglichen Aufrechnnng versetzt ist, nur auf enge, festbestimmte Grenzen beschränkt und mit der Beendigung des Prozesses definitiv beseitigt ist.[6]) Denn das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Ungewißheit von längerer oder kürzerer oder unabsehbarer Dauer ist, sondern will jede Unsicherheit vermieden wissen.[7])

Die Verneinung ihrer Zulässigkeit für den Prozeßfall würde uns in einen äußerst bedenklichen Widerspruch mit § 209 Ziff. 3 verwickeln, der bestimmt, daß „durch die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse die Verjährung unterbrochen wird". Es wird zwar niemand ernstlich behaupten wollen, daß durch diese Bestimmung sofort klargestellt sei, daß im Prozesse auch das materielle Aufrechnungsgeschäft event. vorgenommen werden könne. Das Bürgerliche Gesetzbuch drückt sich hier äußerst vorsichtig aus, indem es nicht den Einwand der geschehenen Aufrechnung, sondern die „Geltendmachung der Aufrechnung" für Verjährung unterbrechend erklärt. Unter „Geltendmachung" kann aber sowohl eine bereits vollzogene wie auch eine erst zu vollziehende Aufrechnung verstanden werden, und letzterenfalls besagt der Wortlaut des Gesetzes für die Zulässigkeit der eventuellen materiellen Aufrechnung rein nichts. Es würde indes dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen, die Bestimmung des § 209 nach irgend welcher Seite hin einschränkend auszulegen. Insbesondere enthalten auch die Protokolle der 2. Kommission,[8]) welche diese Bestimmung geschaffen haben, keine Einschränkung nach dieser Richtung. In der Wissenschaft ist man denn auch darüber einig, daß der § 209 Ziff. 3 das eventuelle materielle im Prozesse vorgenommene Aufrechnungsgeschäft hat

---

[1]) vgl. Siber S. 121 f.
[2]) Im Resultat abweichend Siber S. 120.
[3]) Nämlich nur in dem unter 1 erörterten Falle.
[4]) Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 493 ff.; Weismann a. a. O. S. 20 f.
[5]) So Leonhard, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 200 ff.
[6]) Planck § 390 b.
[7]) vgl. auch Siber S. 119.
[8]) Prot. Bd. 1. S. 224 f.

einschließen wollen. Weismann[1]) sieht die Bedeutung der Vorschrift überhaupt nur darin, daß hier der Fall der eventuellen materiellen Aufrechnung hat betroffen sein sollen.[2])

Wir erklären hiernach den § 388 Satz 2 dann für unanwendbar, wenn jemand prinzipaliter im Prozesse eine Einrede vorschützt und erst bei deren Versagen die Aufrechnung als vollzogen angesehen wissen will, sowie für den Fall, daß jemand im Prozesse den Aufrechnungserfolg von der Fälligkeit der eingeklagten Forderung abhängig macht.

Wir lassen aber nur für diesen Fall eine Ausnahme von dem § 388 zu und verneinen, daß die Aufrechnung auch an jede beliebige andere condicio in praesens collata geknüpft werden könne.[3]) Es darf u. E. auch nicht unterschieden werden, ob die prinzipal vorgeschützte Einrede peremptorischer oder dilatorischer Natur ist, wie Siber meint,[4]) der die Eventualaufrechnung nur da zulassen will, wo eine peremptorische Einrede gegen die Klageforderung vorgeschützt ist. Ein Eingehen auf diese Frage verbietet uns indes der zur Verfügung stehende Raum.[5]) Auch kann nicht auf die Frage eingegangen werden, wie sich das prozessuale Verfahren im Falle der Eventualaufrechnung gestaltet, da die Erörterung zivilprozessualer Fragen außerhalb des Rahmens der Arbeit liegt.[6])

§ 11.

Die Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen.

Im § 396 hat das Bürgerliche Gesetzbuch in verdienstvoller Weise jener Vielköpfigkeit der in Theorie und Praxis des bisherigen Rechts vertretenen Meinungen endgültig ein Ziel gesetzt, wie zu verfahren ist, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere kompensable Forderungen vorhanden sind. Keine Schwierigkeit bot hier naturgemäß der Fall, wo der kompensierende Schuldner mehrere zur Kompensation geeignete Forderungen besaß. Es steht ihm hier das Wahlrecht zu, welche Forderung er zur Kompensation stellen will.[7])

Schwieriger gestalteten sich die Rechtsverhältnisse, wenn der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den aufrechnenden Schuldner hatte. Der Kompensationseinwand steht hier einer jeden der Forderungen entgegen. Aber der Schuldner kann ihn natürlich nur gegen eine gebrauchen.[8]) Lebhaft bestritten wurde hier die Frage, ob dem Gläubiger die sogen. replica compensationis zusteht, welche Frage das Reichsoberhandelsgericht am 28. 2. 1874[9]) dahin präzisierte, „ob der Kläger replicando die Aufrechnung des Beklagten auf eine andere ihm an den Beklagten zustehende Forderung verlangen könne, nachdem dieser von dem Rechte der Aufrechnung gesetzlichen Gebrauch gemacht habe“. Nach der erwähnten Entscheidung sollte dem Kläger dann dieses Recht gegeben sein, wenn „ein besonderer Rechtsgrund“ vorliege. Das Reichsgericht hat in einem Erkenntnis vom 19. 5. 1882 einige „besondere Rechtsgründe“ angeführt, welche die Replik ermöglichen sollten.[10]) Ein weiteres Eingehen auf diese Frage verbietet der zur Verfügung stehende Raum.

---

[1]) Weismann a. a. O. S. 24.

[2]) Planck a. a. O.; Siber S. 118; s. auch Lang a. a. O. S. 46.

[3]) vgl. solche Bedingungen bei Siber S. 120f.

[4]) Siber S. 122.

[5]) Dagegen auch Hellmann a. a. O S. 5 und a. a. O. Bd. 5 S. 246f.

[6]) vgl. hierüber die in der Abhandlung mehrfach zitierten Abhandlungen von Eccius; Liebknecht, Stölzels Schulung; Hellwig, Lehrb. des Zivilprozesses und Kipp zu Windscheid Bd. 2 § 349.

[7]) vgl. l. 5 D. h. t.; Windscheid a. a. O. S. 329 und S. 6.

[8]) Windscheid a. a. O.

[9]) ROHG. Bd. 13 S. 289.

[10]) RG. Bd. 7 S. 245; auch Bd. 19 S. 176; vgl. auch Krug a. a. O. § 52 S. 133ff.; Schwanert a. a. O. S. 71ff.; Dernburg a. a. O. S. 549ff.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in dieser Hinsicht folgendes:

„Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt, oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung."[1])

Nach dieser Vorschrift ist somit dem aufrechnenden Teile beim Vorliegen mehrerer Forderungen auf der einen oder anderen Seite ein doppeltes Wahlrecht eingeräumt, nämlich das Recht, zu bestimmen, mit welchen und gegen welche Forderungen er die Aufrechnung vollzogen wissen will. Wie sich die Ausübung dieses Rechtes und die daran geknüpften Folgen im einzelnen nach der bezogenen Gesetzesbestimmung gestalten, soll zunächst für den Fall gezeigt werden, daß auf Seiten des Aufrechnungsgegners mehrere kompensable Forderungen vorhanden sind.

1. Zunächst ist die vom Kompensanten getroffene Bestimmung maßgebend, gegen welche von den verschiedenen Gegenforderungen die Aufrechnung vollzogen sein soll. Diese bleibt endgültig wirksam, wenn nicht der Aufrechnungsgegner unverzüglich widerspricht. Macht aber der Aufrechnende keine der Gegenforderungen namhaft, so wird seine unvollständige Erklärung in analoger Anwendung des § 366 Abs. 2 dahin ergänzt, daß zunächst die fällige, bei mehreren fälligen die dem Gläubiger weniger sichere, bei mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, bei mehreren gleich lästigen die ältere und in letzter Linie bei gleichem Alter jede Gegenforderung verhältnismäßig getilgt wird.

Daß zuerst die fällige vor der nicht fälligen Forderung getilgt wird, hat insbesondere dann Bedeutung, wenn sich unter den Forderungen des Gegners eine solche befindet, deren Befriedigung er zwar noch nicht verlangen kann, zu deren Erfüllung der Schuldner aber bereits berechtigt ist (§§ 271 und 387).

Als „lästigere" Forderung gilt z. B. eine solche, welche den Schuldner bei nicht pünktlicher Bewirkung zur Entrichtung einer Vertragsstrafe verpflichtet, gegenüber derjenigen, bei der dieses nicht der Fall ist. Auch eine vollstreckbare im Verhältnis zu einer nicht vollstreckbaren, eine verzinsliche zu einer zinslosen Forderung ist hierher zu rechnen. Unter Umständen muß auch eine Mietzinsforderung als lästigere gelten, wenn sie z. B. dem Schuldner mit Exmission droht.[2])

Streitig ist vor allem jene Frage geworden, ob bei der entsprechenden Anwendung des § 366 eine verjährte Forderung des Gläubigers, welche dieser nach § 390 Satz 2 gegen den Schuldner aufzurechnen berechtigt ist, als eine solche angesehen werden muß, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet." Wir haben diese Frage bereits früher bejaht, weil der Gläubiger sie nicht mehr mit Erfolg einklagen, sondern nur noch durch Aufrechnung ihre Befriedigung herbeiführen kann.[3]) Zum Beweise unserer Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte der genannten Vorschrift. Die zweite Kommission, welche diese Bestimmung geschaffen,[3]) hat ausdrücklich an diesen Fall gedacht und den Gläubiger gegen den Nachteil schützen wollen, der ihm erwachsen würde, falls seine verjährte, aber aufrechenbare Forderung durch die Bestimmung des Schuldners von der Aufrechnung ausgeschlossen werden könnte. Dieses wird dadurch verhütet, daß die verjährte Forderung berücksichtigt werden muß. Außerdem rechtfertigt sich dieser Standpunkt aus der Erwägung, daß die Aufrechnung gemäß § 390 gegen eine verjährte Forderung als zulässig zu erachten ist, wie oben ausgeführt wurde.[4]) Die Ein-

---

[1]) § 396.

[2]) Goldschmidt, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15 S. 214 Anm. 258.

[3]) Prot. II Bd. 6 S. 166 f.

[4]) s. oben S. 18 f.

wendungen, die von verschiedenen Seiten gegen unseren Standpunkt geltend gemacht werden, sind nicht stichhaltig. Wenn Goldschmidt darauf hinweist, daß es auch sonst nicht gestattet sei, daß der Aufrechnungsgegner eine einredebehaftete Forderung als Forderung, gegen welche aufgerechnet sei, substituieren könne, so beweist dieser Hinweis nicht das Geringste. Allerdings werden auch nach § 396 „zur Aufrechnung geeignete Forderungen" vorausgesetzt, aber das Gesetz macht gerade für die mit der Einrede der Verjährung behafteten Forderungen eine Ausnahme.[1]) Auch die Auffassung von Kipp — der zwar die Aufrechnung der verjährten Forderung teilweise zu retten sich bemüht — kann nicht gebilligt werden, daß nämlich die verjährte Forderung nur dann vor der unverjährten getilgt werden solle, wenn die verjährte die ältere sei. Hier wird übersehen, daß vor dem Alter zunächst entscheidet, welche Forderung dem Schuldner lästiger ist. Dies dürfte aber ohne Zweifel in der Regel die unverjährte sein, es sei denn, daß die verjährte durch Pfand oder Hypothek gesichert ist.[2]) Der Schutz des § 396 würde sonach dem Gegner bei dieser Auffassung stets dann gegeben sein, wenn er des Schutzes gar nicht bedarf, und er würde völlig ungeschützt sein, wenn er des Schutzes bedarf, ein Ergebnis, das keineswegs befriedigen kann.

Die erörterten Grundsätze greifen auch dann Platz, wenn der aufrechnende Teil zwar eine Bestimmung getroffen, diese aber mit der im § 366 Abs. 2 enthaltenen Anrechnungsweise nicht übereinstimmt und der Aufrechnungsgegner der Anrechnungsbestimmung des Kompensanten unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern widerspricht. An Stelle der gewählten Forderung wird jetzt eine andere getilgt. Der rechtzeitige Widerspruch bewirkt also nicht etwa die Nichtigkeit der Aufrechnung überhaupt, sondern macht nur die Aufrechnungserklärung insoweit unwirksam, als sie eine Anrechnungsbestimmung der Forderungen des Aufrechnungsgegners enthält, die durch die Aufrechnung getilgt werden sollen. Dagegen vermag er nicht andere Forderungen des Kompensanten in das Kompensationsverhältnis hineinzubringen, die der Kompensant nicht bestimmt hat, die also nicht schon in compensatione waren. „Der Widerspruch bewirkt nur eine anderweitige Anrechnung, nicht eine anderweitige Aufrechnung. Er schafft kein neues Kompensationsverhältnis, sondern greift nur modifizierend in das alte durch die Aufrechnungserklärung geschaffene Kompensationsverhältnis ein." [3])

Der Widerspruch ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, materielles Rechtsgeschäft, dessen Inhalt in einer Abänderung der gegnerischen Aufrechnung hinsichtlich des einen Teiles der Anrechnungsbestimmung besteht und sich darum auch ausdrücklich gegen die Anrechnungsbestimmung richten muß. Es kann daher ein allgemeiner gegen die Aufrechnung überhaupt gerichteter Widerspruch als nicht genügend erachtet werden. Er enthält aber keine Gegenaufrechnung, keine compensatio compensationis in dem Sinne, daß nunmehr der Kompensat Forderungen in das Aufrechnungsverhältnis hineintragen kann, wie anscheinend Weismann[4]) annimmt.[5])

Dies beweist insbesondere der Umstand, daß der widersprechende Aufrechnungsgegner nicht eine beliebige, ihm gefällige Anrechnungsreihenfolge treffen kann, sondern daß nur die Anrechnung nach Maßgabe der gesetzlichen Reihenfolge des § 366 herbeigeführt wird. Besteht aber eine solche gesetzliche Beschränkung in der Wahl der eigenen Forderung, welche gegen die kompensierte Forderung getilgt werden soll, so kann von einer compensatio compensationis, einem selbständigen Rechte zur Aufrechnung nicht gesprochen werden. Der Widerspruch enthält nur eine Ablenkung der aus der aufgerechneten Forderung entströmten Kompensations-

---

[1]) Gegen Goldschmidt insbes. Breit a. a. O. S. 130ff.
[2]) vgl. v. Seeler a. a. O. S. 109.
[3]) Goldschmidt a. a. O. S. 159f.
[4]) Weismann a. a. O. S. 30f.
[5]) vgl. Deichmann, Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen, in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 588; vgl. auch Schneider, Recht 1903 S. 566; dagegen insbes. Goldschmidt a. a. O.

kraft von der gewählten Gegenforderung und eine Hinlenkung auf eine andere, gesetzlich festgelegte Gegenforderung. Die Ausführungen Lippmanns,[1]) die Wirksamkeit des Widerspruchs liege darin, daß die Aufrechnungserklärung überhaupt keinen Rechtserfolg habe und demgemäß eine Unterscheidung von Auf- und Anrechnung nicht gemacht werden dürfe, sind nicht überzeugend und dem klaren Wortlaute des Gesetzes gegenüber unhaltbar.

Der Widerspruch kann sowohl außergerichtlich, wie auch im Prozesse erklärt werden. Letzterenfalls ist er wie auch die im Prozeß erklärte Aufrechnung selbst materielles Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung zugleich. Jedoch muß hier besonders hervorgehoben werden, daß auch der im Prozeß zu erklärende Widerspruch „unverzüglich erfolgen muß". Der Gegner kann nicht bis zum nächsten Termine oder zum nächsten Schriftsatze warten, welchen er dem Gegner, dem Beklagten zustellen will. Er kann sowohl dem Kompensanten selbst als auch, wenn dieser durch einen Anwalt vertreten ist, dem Prozeßbevollmächtigten gegenüber erklärt werden.

Hat der Aufrechnende eine Anrechnungsbestimmung getroffen, und will der Gegner eine andere Anrechnung zur Geltung bringen, so trifft letzteren die Beweislast dafür, daß er unverzüglich Widerspruch erhoben hat. Des weiteren muß er die Tatsachen nachweisen, aus denen er eine ihm günstigere Anrechnung gemäß § 366 Abs. 2 herleitet.[2])

Wird eine der mehreren kompensablen Forderungen abgetreten, so geht das Recht des bisherigen Gläubigers, die Aufrechnung durch Widerspruch gemäß § 396 Abs. 1 abzuwenden, auf den neuen Gläubiger über.[3]) Der legislative Zweck des Paragraphen würde nicht erreicht, wenn man in diesem Falle dem Zessionar das dem Zedenten zustehende Widerspruchsrecht versagen wollte. Der Gläubiger mehrerer Forderungen im Sinne von § 366 würde, wenn er sich nicht selbst schädigen wollte, anderenfalls überhaupt nicht in der Lage sein, eine Forderung abzutreten. Ein solches Resultat muß aber in hohem Grade unbillig erscheinen, ist doch die Zession in zahlreichen Fällen für den Zedenten geradezu eine Notwendigkeit, um seinerseits dem Zessionar gegenüber von einer Schuldverbindlichkeit frei zu werden. Wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Gläubiger nur einer Forderung diese teilweise zediert, ist bereits oben berücksichtigt worden.[4])

In diesem Zusammenhange müssen wir jene bestrittene Frage erörtern, ob dem Gläubiger auch im Falle der Einklagung nur eines Teiles seiner Forderung gemäß § 396 das Recht zusteht, den aufrechnenden Beklagten zunächst mit seiner Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Teil seiner Forderung zu verweisen. Man könnte nämlich geneigt sein, die ganze Forderung infolge Einklagung nur eines Teiles als in zwei selbständige Forderungen zerspalten anzunehmen, eine eingeklagte und eine nicht eingeklagte, wie z. B. Hellwig auch tatsächlich tut.[5]) Wir können uns indes dieser Auffassung nicht anschließen. Die teilweise Einklagung vermag eine Forderung nicht in mehrere Forderungen im Sinne der fraglichen Gesetzesvorschrift zu zerlegen. Dasselbe muß für den Fall der teilweisen Abtretung einer Forderung gesagt werden.[6]) Es ist nicht abzusehen, wie der Gläubiger zu einer solchen willkürlichen Zerlegung berechtigt sein sollte, die ihm außerdem noch schädlich sein könnte. Klagt der Gläubiger nur einen Teil ein, so macht er ein weitergehendes Recht nur teilweise geltend, so daß er im Bestreitungsfalle auch zum Nachweise der seine ganze Forderung begründenden Tatsachen gezwungen ist.[7]) Wir sind demnach genötigt, für diesen Fall, sowie für die Teilzession einer Forderung die §§ 396 und 366 überhaupt für unanwendbar zu erklären, da die

---

[1]) Lippmann, Jherings Jahrbücher Bd. 43 S. 446 ff., 465 ff. und 503 ff.
[2]) vgl. im einzelnen Goldschmidt S. 231, 233 ff.
[3]) Breit a. a. O. S. 133.
[4]) S. 38.
[5]) Hellwig, Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 198; so auch RG. Bd. 7 S. 240.
[6]) So auch Weigelin a. a. O. S. 142 f.; Breit a. a. O.
[7]) So auch Breit im Gegensatze zu Weigelin.

vornehmste Voraussetzung dieser Vorschriften, das Vorhandensein mehrerer selbständiger Forderungen fehlt. Es steht somit nichts im Wege, dem Beklagten die Aufrechnung gegen den eingeklagten bezw. den abgetretenen Teil zu verbieten; kann er die eingeklagte Teilforderung idealiter zahlen, was unzweifelhaft sein dürfte, so kann er auch mit der Wirkung aufrechnen, daß zunächst der eingeklagte Teil der Forderung als durch die Aufrechnung erloschen gilt.[1]) Klagt der Gläubiger aber von vornherein den durch die Aufrechnung ungedeckten Rest ein und erklärt er hierbei, daß mit Rücksicht auf die Gegenforderung nur der überschießende Betrag gefordert werde, so kann er jetzt sagen, daß seine Gegenforderung durch den nicht eingeklagten Teil bereits konsumiert sei. Denn in Wirklichkeit hat er hier schon selbst die Aufrechnung vollzogen, er ist dem Beklagten in der Aufrechnung zuvorgekommen. Für die Teilzession müssen diese Grundsätze entsprechend angewandt werden.[2]) Gibt der Gläubiger aber keine Begründung für die Beschränkung seines Klageantrages und ist der eingeklagte Teilbetrag als durch die Aufrechnung des Beklagten getilgt zu erachten, so kann er gleichwohl eine ihm günstige und den Beklagten verurteilende Entscheidung dadurch erhalten, daß er sich nunmehr auf sein weitergehendes Recht, auf den nicht eingeklagten Betrag beruft, somit die scheinbare replica compensationis als Erweiterung des Klageantrages nach § 368 Ziff. 2 ZPO. geltend macht. Daß eine solche Klageerweiterung auch nach Tilgung des Klageanspruchs noch erklärt werden kann, darf nicht bezweifelt werden.[3])

Es ist die Frage aufgeworfen, ob der Schuldner befugt sei, seine Gegenforderung nur teilweise zur Aufrechnung zu stellen, so daß ihm noch eine Restforderung gegen den noch verbleibenden Teil der Forderung des Gläubigers übrig bleibe, ob z. B. der Schuldner, der 1500 Mk. schuldig ist, von seiner 1000 Mk. betragenden Gegenforderung nur 400 Mk. zur Aufrechnung verwenden und für 600 Mk. Barzahlung verlangen könne.

Kohler hat diese Frage verneint, ebenso Landau.[4]) Wir glauben, sie mit Recht bejahen zu müssen, da wir in der teilweisen Aufrechnung der Gegenforderung eine unstatthafte Zersplitterung der letzteren nicht zu erblicken vermögen. Der Schuldner kann ohne Zweifel verlangen, daß der Gläubiger die ganze Gegenforderung durch Barzahlung befriedigt, vorausgesetzt, daß er selbst zur Barzahlung seiner Schuld bereit ist. Wenn er sich nun selbst für einen Teil seiner Gegenforderung eine statthafte Befriedigung in Gestalt der Aufrechnung verschafft — wie unten gezeigt wird, enthält die Aufrechnung eine Selbstbefriedigung des Kompensanten —, so kann hierin ebensowenig eine Teilung der Gegenforderung in mehrere selbständige Teilforderungen gefunden werden, wie in der teilweisen Abtretung und teilweisen Einklagung der Forderung eine Zerlegung in verschiedene selbständige Forderungen nicht erblickt werden kann. Der Schuldner, der nur mit einem Teile seiner Gegenforderung aufrechnet, macht ebenfalls von einem weitergehenden Rechte, nämlich für seine ganze Gegenforderung sich selbst Befriedigung zu verschaffen, nur teilweisen Gebrauch, was ihm kein gesetzlicher Hinderungsgrund verbietet.

Dahingegen hält Kohler beim Vorliegen mehrerer Forderungen des Gläubigers eine Verteilung der Gegenforderung dergestalt für zulässig, daß der Schuldner von seiner Gegenforderung etwa 400 Mk. auf die eine und 600 Mk. auf die andere Forderung aufrechnen kann. Dieser Auffassung schließen wir uns an. Die gegenteilige Meinung Landaus entbehrt einer hinreichenden Begründung. Der Schuldner kann jede der Forderungen teilweise idealiter durch Aufrechnung und teilweise durch Barzahlung aus der Welt schaffen. Hierüber besteht

---

[1]) Breit a. a. O.; zweifelnd das OLG. Marienwerder 16. 10. 1903, Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen, Posen 1904, S. 51; a. A. Weigelin S. 142.

[2]) So auch RG. 20. 2. 1904, JurW. 1904 S. 173.

[3]) Breit a. a. O.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 285 Anm. 9; Schollmeyer § 389 Anm. 4; a. A. Weigelin a. a. O.; vgl. auch noch Leonhard, Aufrechnung S. 175; Kohler bei Busch Bd. 20 S. 24; Stammler a. a. O. S. 244 ff.; Lang a. a. O. S. 52.

[4]) Kohler a. a. O. S. 13; Landau a. a. O. S. 37.

kein Streit. Beim Vorhandensein mehrerer Forderungen hat auch der Schuldner das Recht, zu bestimmen, welche Forderungen von der Aufrechnung betroffen werden sollen, und zwar muß er auch hinsichtlich der Höhe eine bestimmte Erklärung abgeben, da er andernfalls Gefahr läuft, daß seine Aufrechnungserklärung mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam bleibt.[1]) Wir vermögen auch nicht einzusehen, daß der Schuldner, der in der genannten Weise vorgeht, „schikanös" handelt. Freilich wird zugegeben, daß der Gläubiger, der Barzahlung erlangt, wirtschaftlich meist besser gestellt ist als derjenige, der durch Aufrechnung befriedigt wird. Das Gesetz selbst hat dieser Erwägung auch an verschiedenen Stellen Rechnung getragen.[2]) Aber es kann von letzterem doch nicht gesagt werden, daß er „geschädigt" ist, hat er doch wirkliche Befriedigung in Gestalt der Aufrechnung erhalten. Der § 391 Abs. 1, wo im Aufrechnungsfalle der Kompensant dem Aufrechnungsgegner schadensersatzpflichtig wird, spricht nicht gegen unsere Meinung, denn dieser Paragraph enthält eine Ausnahmevorschrift, die in regelwidriger Weise ungleichartige Größen zur Aufrechnung zuläßt. Da der § 226 die Ausübung eines Rechtes aber nur verbietet, wenn dadurch ein anderer „geschädigt" wird, so kann m. E. von dem Aufrechnenden überhaupt nicht gesagt werden, er handle „chikanös", selbst dann nicht, wenn er von seiner Gegenforderung einen Teil gegen die eine, und den anderen Teil gegen die andere Forderung kompensiert. Daß bei einer solchen Verteilung der Gegenforderung „ganz umständliche Berechnungen" unvermeidlich sind, wie Landau meint, kann gleichfalls nicht ohne weiteres zugegeben werden. Keinesfalls kann aber lediglich die Vermeidung „umständlicher Berechnungen" als hinreichender Grund für die Unrichtigkeit einer juristischen Konstruktion ins Feld geführt werden.[3])

Es mag auch noch hervorgehoben werden, daß eine vertragsmäßig in verschiedenen Raten fällig werdende Warenpreisforderung aus diesem Grunde nicht als eine Mehrheit von Forderungen im Sinne des § 366 aufgefaßt werden darf. Noch viel weniger kann von einem Dasein von Forderungen „aus mehreren Schuldverhältnissen" nach § 366 gesprochen werden. Es hat vielmehr der Gläubiger nach Ablauf der vertragsmäßig festgesetzten Fristen nur eine einheitliche Forderung gegen den Schuldner. Der § 396 kann also auch hier nicht herangezogen werden.[4])

Werden außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten geschuldet, so soll gemäß § 396 gleichfalls die gesetzliche Anrechnung des § 366 durchgreifen. Es gelten also zunächst die Kosten, dann die Zinsen und schließlich die Hauptforderung als durch die Aufrechnung getilgt. Diese Vorschrift war im Interesse des Gläubigers dieser Forderungen notwendig. Denn würde die einseitige Anrechnungsbestimmung des kompensierenden Schuldners bindend sein und die Aufrechnung zunächst als auf die Hauptleistung erfolgt angesehen werden, so würde wegen der in § 389 sanktionierten rückwirkenden Kraft der Aufrechnung die Forderung des Gläubigers auf Zinsen und möglicherweise auch auf Kosten von selbst erloschen sein und der die Hauptleistung übersteigende Betrag der kompensierten schuldnerischen Forderung als von der Aufrechnung nicht betroffen bei dem Schuldner verbleiben. Dieser Nachteil sollte vom Gläubiger abgewendet werden.

Wann Hauptleistung, Zinsen und Kosten als eine einheitliche Forderung zu gelten haben oder als mehrere selbständige Ansprüche aufgefaßt werden müssen, hängt von der Lage des Einzelfalles ab. Werden vertragsmäßige Zinsen geschuldet, so gilt der Zinsanspruch als selbständige Forderung, die ihre Existenz aus einem neben der Hauptleistung herlaufenden Schuldvertrage herleitet, während Verzugszinsen eine Erweiterung des Hauptanspruchs bilden und keinen eigenen selbständigen Anspruch darstellen.

Hat der Schuldner eine andere, von der gesetzlichen Anrechnung abweichende Anrech-

---

[1]) s. unten S. 94.
[2]) s. unten S. 124 f.
[3]) Landau a. a. O. S. 37 f.
[4]) RG. Bd. 57 S. 99; JurW. 1904 S. 173.

nungsbestimmung getroffen, so kann auch in diesem Falle der Gläubiger widersprechen. Beim Unterlassen des Widerspruchs behält es bei der von dem Schuldner erklärten Anrechnung sein Bewenden. Will der Gläubiger aber gegen die Anrechnungsbestimmung des Kompensanten protestieren, so braucht er hier nicht, wie in dem bislang erörterten Falle, den Widerspruch unverzüglich zu erklären.[1]) Der Abs. 2 des § 396 enthält hierüber keine Bestimmung, und es liegt somit kein Grund vor, den § 367 hier analog anzuwenden. Hätte das Gesetz wie in Abs. 1 dem Gläubiger die Verpflichtung zum unverzüglichen Widerspruch auferlegen wollen, so würde es auch hier eine dahin zielende Bestimmung getroffen haben, was nahegelegen hätte. Hat der Gläubiger längere Zeit geschwiegen, so wird in seinem Schweigen ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht erblickt werden müssen. Ein solcher ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gläubiger unter den obwaltenden Umständen hätte antworten müssen, dieses aber nicht getan hat. Stehen z. B. die beteiligten Personen in dauernder Geschäftsverbindung miteinander, so kann der Schuldner erwarten, daß der Gläubiger sich auf die von ihm getroffene Anrechnung erklärt. Ein Unterlassen des Widerspruchs muß darum auch in diesem Falle als ein Verzicht auf das Ablehnungsrecht aufgefaßt werden.

Streitig ist nun, zu welchem Ergebnisse die analoge Anwendung des § 367 Abs. 2 führt, wenn der Gläubiger der Anrechnungsbestimmung des Schuldners widersprochen hat. Es sind in dieser Hinsicht verschiedene Meinungen laut geworden.

Rehbein meint, der Widerspruch habe nur die Bedeutung, daß die Aufrechnung nunmehr als in der gesetzlichen Reihenfolge eingetreten zu gelten habe, daß also zunächst die Kosten, dann die Zinsen und in letzter Linie die Hauptforderung getilgt würde.[2])

Sontag ist der Ansicht, es solle zunächst die Aufrechnung gegen die Hauptforderung, und falls sie auf die Zinsen vor der Hauptforderung bestimmt war, auch die Aufrechnung gegen die Zinsforderung als nicht geschehen zu gelten haben, dagegen müsse die Aufrechnung gegen die Kosten auf jeden Fall bestehen bleiben.[3])

Diese beiden Auslegungen sind jedoch mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar und können nur aufrechterhalten werden, wenn man dem Gesetze unmittelbaren Zwang antun will. Es werden diese Theorieen darum auch nur von ihren Begründern vertreten.[4])

Die analoge Anwendung des § 367 Abs. 2 kann hier nur zu folgendem zwangslosen Resultate führen. Nach dieser Bestimmung ist der Gläubiger befugt, die Leistung, die der Schuldner in einer mit § 367 Abs. 1 widersprechenden Anrechnung bewirken will, einfach abzulehnen. Soll diese Vorschrift für die Aufrechnung „entsprechend" angewandt werden, so kann dieses nur heißen, daß der Gläubiger zur Ablehnung der Aufrechnung überhaupt befugt ist, daß die Aufrechnung also vollkommen unwirksam bleibt und nicht eine Verrechnung in der nach § 367 geregelten Weise eintritt.[5]) Im Gegensatz zu Abs. 1 enthält demnach die Anrechnungsbestimmung des Abs. 2 vom § 396 eine Offerte, zu deren Annahme der Gläubiger nicht verpflichtet ist, dessen Ablehnung aber zu einer Unwirksamkeit der Aufrechnungserklärung führt, nicht nur bezüglich der Art der Anrechnung, sondern ihrem ganzen Inhalte nach.[6]) Das Gesetz hat sonach hier das sonst strikte durchgeführte Prinzip der Einseitigkeit der Aufrechnung — infolge der Verweisung auf § 367 vielleicht unbewußt — verlassen und eine Bestimmung

---

[1]) So Matthiaß a. a. O. S. 440; Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 449; Dernburg, Bürgerl. R. II § 129; Crome II S. 291; a. A. Planck S. 265.

[2]) Rehbein, Erl. 22 zu §§ 387—396.

[3]) Sontag, Die Aufrechnung auf eine Forderung, die aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht, im Arch. für bürgerl. R. Bd. 21 S. 10 ff.

[4]) Gegen Sontag insbesondere Franke, im Recht VI S. 318.

[5]) Matthiaß a. a. O. S. 440.

[6]) Deichmann in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 583 ff.

über den Aufrechnungsvertrag in die Aufrechnungslehre hineingetragen, die als eine Inkonsequenz nicht gebilligt werden kann.[1])

Das Ablehnungsrecht des § 367 ist aber — und dies betont Deichmann mit Recht[2]) — kein besonders ausgestaltetes Recht des Gläubigers. Der Gläubiger ist ja überhaupt nicht zur Annahme der ihm dargebotenen Leistung verpflichtet. Er kann nach Willkür annehmen und ablehnen. Die Ablehnung hat hier nur die Bedeutung, daß die nachteiligen Folgen des Annahmeverzuges für ihn nicht eintreten, seine Forderung vielmehr von dem Angebote inhaltlich unangetastet und unberührt bestehen bleibt.

2. Es ist nunmehr der Fall zu prüfen, wenn auf seiten des Aufrechnenden mehrere Forderungen vorhanden sind. Daß hier zunächst dem Aufrechnenden die Wahl zusteht, mit welchen Forderungen er aufrechnen will, ergibt § 396 ohne weiteres. Streitig ist aber, ob auch eine nach § 366 Abs. 2 bestimmte Verrechnung eintritt, wenn der Aufrechnende aus der Zahl seiner Forderungen keine bestimmte ausgewählt hat. Einige Schriftsteller, wie Matthiaß und Oertmann, wollen die Frage bejahen.[3]) Wir glauben sie aber mit Recht verneinen zu müssen. Der § 366 hat nur den Fall im Auge, daß der Schuldner aus mehreren Schuldverhältnissen verpflichtet ist und seine dargebotene Leistung die Höhe sämtlicher Schulden nicht erreicht. Hier aber stehen mehrere Forderungen[4]) in Frage. Wäre die gegnerische Meinung richtig, so müßte man konsequenterweise auch dem Aufrechnungsgegner das Widerspruchsrecht einräumen müssen. Denn Widerspruch und Unterlassen der Anrechnungsbestimmung stellt das Gesetz völlig gleichwertig nebeneinander. Diese Konsequenz liegt aber dem Gesetzgeber völlig fern, sie entspricht sogar seinen in § 396 ausdrücklich zum Ausdruck gekommenen Absichten.

Hat der Gläubiger der mehreren Forderungen bei seiner Aufrechnungserklärung keine Forderung bestimmt angegeben, so ist zunächst zu untersuchen, ob nicht aus den Umständen auf den Willen des Aufrechnenden geschlossen werden kann.[5]) Möglicherweise ist der Aufrechnungserklärung zu entnehmen, daß der Gegner das Wahlrecht haben soll. Dieser ist dann an den Vertragsantrag gebunden und muß sein Wahlrecht nach billigem Ermessen ausüben und die Interessen beider Teile hierbei in Rücksicht ziehen.[6]) Ist seine Bestimmung unbillig, so hat diesesfalls das Gericht zu entscheiden (§ 315). Lassen jedoch auch die Umstände nicht erkennen, welche Forderungen des Kompensanten durch die Aufrechnung getroffen werden sollten, so ist seine Aufrechnungserklärung mangels hinreichender Bestimmtheit für unwirksam zu erachten.[7])

Besteht die Forderung des Aufrechnenden aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten, so steht ihm auch hier natürlich das Wahlrecht zu, mit welchen Teilen der Gesamtforderung er aufrechnen will. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung wird man auch hier annehmen dürfen, daß die Kosten vor den Zinsen, und diese vor der Hauptleistung getilgt werden sollen. Es folgt dieses freilich nicht aus § 396 unmittelbar, aber es dürfte der mutmaßlichen Absicht des Aufrechnenden in den meisten Fällen entsprechen.[8]) Haben die Zinsen und Kosten eine gewisse Selbständigkeit, so daß der aufrechnende Gläubiger nicht eine einheitliche aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten sich zusammensetzende Forderung, sondern mehrere voneinander unabhängige Forderungen besitzt, so hat auch in diesem Falle der Aufrechnende das Wahlrecht

---

[1]) So auch Matthiaß a. a. O.; Planck § 396, 2 S. 263; Weismann a. a. O. S. 30; Goldschmidt a. a. O. S. 224; Schollmeyer § 396 Anm. 4c S. 352.

[2]) Deichmann a. a. O. S. 589.

[3]) Matthiaß a. a. O.; Oertmann § 396 Anm. 3; vgl. auch Schollmeyer § 396 Anm. 1.

[4]) vgl. Planck § 396 Anm. 3; Goldschmidt a. a. O. S. 225 ff.

[5]) A. A. Dernburg Bd. 2 S. 295; Breit a. a. O. S. 136.

[6]) Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte S. 373 ff.

[7]) vgl. auch Dernburg a. a. O.

[8]) Deichmann a. a. O. S. 590.

in der Weise, daß durch seine Anrechnungsbestimmung nicht der legislative Zweck der in Rede stehenden Gesetzesvorschrift vereitelt wird. Er kann daher nicht zuerst die Hauptleistung zur Aufrechnung bestimmen, um so von der Leistung der Zinsen und Kosten entbunden zu sein. Es bietet dieser Fall also nichts Besonderes. Die Lösung folgt vielmehr aus der Zweckbestimmung des Gesetzes ohne weiteres, so daß es einer ausdrücklichen Hervorhebung desselben, wie sie Schlichting für erforderlich hält,[1]) gar nicht bedarf. Das Gesetz bietet für eine derartige Unterscheidung keine Veranlassung.

Dritter Abschnitt.

Die Wirkungen der Aufrechnung.

§ 12.

Die Wirkungen im allgemeinen.

Liegen die oben dargelegten Voraussetzungen der Aufrechnung vor, und ist eine Aufrechnungserklärung in rechtsgültiger Form abgeben, so werden die von der Aufrechnung betroffenen Forderungen ihrem Bestande nach aufgehoben, vernichtet. Die Forderungen „erlöschen", wie § 389 sagt.

Diese vornehmste und erste Wirkung der vollzogenen Aufrechnung ist für das bisherige Recht nur von Brinz geleugnet, weswegen sein isolierter Standpunkt hier nicht unerwähnt bleiben darf. In dem Bestreben, vor allem den Gegensatz gegen die Aufhebung ipso jure scharf zu markieren und demgemäß sein Hauptaugenmerk auf das Wort „compensare" richtend, lehrt er, die Beträge von Forderung und Gegenforderung tilgen sich nicht etwa, sondern wägen sich nur auf, so daß sie da sind und da bleiben und eben dadurch auch wirken, welche Wirkung in einer Befreiung des Schuldners ohne Aufhebung der Forderung besteht. Zur Veranschaulichung seiner Lehre erinnert Brinz an das Bild mit der Wage, in deren Wagschalen zwei gleich schwere Gewichte gelegt sind; wie diese sich gegenseitig in ihrer Wirksamkeit entkräften, so sollen auch die beiderseitigen Forderungsrechte gerade durch ihr Dasein sich gegenseitig ihre Kraft nehmen, was eine Befreiung des Schuldners trotz fortdauernder Existenz der Rechte selbst zur Folge habe.[2])

Seine Lehre findet aber keinerlei Stütze in den Quellen, welche im Gegenteil stets von einem wirklichen Untergange der Forderungen sprechen.[3])

Der Untergang der beiderseitigen Forderungsrechte tritt nach § 389 aber nur ein, wenn, wie beregt, die Vorbedingungen des § 387 erfüllt sind, d. h. wenn „jeder Teil" aufrechnen konnte. Wenn dieser Fall im täglichen Leben auch die Regel bilden dürfte, so sind auch jene Fälle nicht selten, wo nur der eine Teil zur Aufrechnung befugt ist. Diese Ausnahmefälle sind bereits in einem anderen Zusammenhange eingehend erörtert worden. Wird hier von dem zur Aufrechnung Berechtigten die Aufrechnung erklärt, so erlischt nur die aufgerechnete Forderung, während der Gegenanspruch auf den Kompensanten insoweit übergeht, als der Gegner durch die Aufrechnung Befriedigung erhalten hat. Es trifft dieses zu in den Fällen des sogen. Ablösungsrechtes und bei der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche, bei der Hypothek, der Reallast und dem Pfandrechte. Es erwirbt hier der dinglich verhaftete

---

[1]) Schlichting a. a. O. S. 73.

[2]) Brinz, Ipso jure compensari, in Bekkers Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts Bd. 1 S. 33 ff.

[3]) Z. B. l. 4 C. 4, 31 §§ 30 u. 31 I de act. 4, 6.

Eigentümer, welcher mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung gegen seine dingliche Schuld aufrechnet, die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner und gleichzeitig das die Forderung verstärkende Nebenrecht: die Hypothek. Rechnet der Bürge mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung gegen die Bürgschaftsschuld auf, so erlischt seine Schuld, die Bürgschaftsschuld, dahingegen geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den kompensierenden Bürgen über (§ 767[1]).

Nach der Bestimmung des § 389 erlöschen die Forderungeu nur in Höhe der sich deckenden Beträge. Gleiche Höhe der zur Aufrechnung gestellten Forderungen ist demnach nicht erforderlich. Es folgt dieses aus dem inneren Wesen des Instituts als einer beiden Teilen dienenden Ersatzbefriedigung. Wie der aufrechnende Teil nicht über die Höhe seiner Forderung, so kann auch die Gegenseite nicht über ihre Forderung hinaus Befriedigung verlangen und erhalten. Weiterhin, wie jemand für seine Forderung eine die Höhe derselben übersteigende Forderung seines Schuldners pfänden lassen kann, so kann auch eine geringere gegen eine höhere Forderung aufgerechnet werden. Vollzieht sich außerdem die Aufrechnung im Einklange mit dem modifizierten Willensinhalte der von ihr betroffenen Rechte, so ergibt sich aus diesem Grundsatze ohne weiteres, daß eine Teilaufrechnung nichts Besonderes enthält. Die Rechte selbst verlangen ja nach Änderung ihrer ursprünglichen Willensrichtung Teilaufrechnung. In diesem Lichte erscheint die Teilaufrechnung nicht als eine Ausnahme von dem im § 266 ausgesprochenen Grundsatze, daß ein Schuldner zu Teilleistungen nicht befugt ist, wie verschiedentlich behauptet ist.[2]) Der § 266 enthält eine willkürliche Bestimmung des Gesetzgebers, die sich weder aus dem Wesen der Zahlung noch aus der Leistungspflicht des Schuldners ergibt. Wenn nun auch für die Aufrechnung die Analogie der Zahlung herangezogen werden darf, so ist nach dem hier eingenommenen Standpunkte jedenfalls die Auffassung von der Hand zu weisen, welche die Teilaufrechnung in Beziehung zu § 266 stellt und als positiven Unterschied zwischen Aufrechnung und Zahlung hinstellen will.

Die rechtsgültig vollzogene Aufrechnung führt zu dem unmittelbaren Erlöschen der Forderungen. Damit ist der Grundsatz ausgesprochen, daß sie nicht nur eine Einrede begründet, welche den Schuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Gegen diese Annahme spricht auch des weiteren noch die Tatsache, daß bei der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche, sowie in den sogen. Ablösungsfällen die Passivforderung auf den Kompensanten übergeht. Solche Wirkungen vermag eine Einrede nicht zu schaffen. Daß aber auch die Koexistenz der Forderungen kein Einrederecht gewährt, wird sogleich gezeigt werden.

Das den Forderungsuntergang kausierende Moment ist die Aufrechnungserklärung. „Die Aufrechnung, d. h. die Aufrechnungserklärung bewirkt, daß die Forderungen erloschen gelten." Ist aber der einseitig erklärte Willensakt das rechtsbegründende, konstitutive Moment des Aufrechnungsvollzuges, so entspricht es dem einfachen Grundsatze der Rechtslogik und dem in der Jurisprudenz allgemein anerkannten Prinzip, daß die Aufrechnungswirkung, der Untergang der Forderung, sich auch an ihre Ursache knüpfe, m. a. W., daß sie in dem Momente eintrete, wo die sie hervorbringende Erklärung abgegeben wird.

Für das bisherige Recht wird dieses allgemein geleugnet und gelehrt, daß der Untergang der Forderungsrechte schon im Momente der Koexistenz der Forderungen eintrete, auch wenn in concreto diese Wirkung von einer Erklärung des Aufrechnungswillens abhänge. Nach der Theorie des Martinus, inhaltsderen die alleinige Tatsache der Koexistenz der Forderungen den Kompensationsvollzug herbeiführt, ist es ganz folgerichtig, wenn auch gleichzeitig das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen eintritt. Auch nach der sogen. Rückziehungstheorie enthält diese Tatsache nichts Auffallendes. Denn auch nach dieser ist das forderungs-

---

[1]) RG. Bd. 53 S. 403ff.

[2]) vgl. Leonhard a. a. O. S. 152ff.; Planck § 389, 1; Neumann § 389, 2; vgl. auch Matthiaß S. 441; Landau a. a. O. S. 37.

tilgende Moment die Koexistenz, während die Erklärung der Aufrechnung nur die Bedeutung hat, daß sie die aus eigener Kraft der Tatsachen eingetretenen Wirkungen „enthüllt“. Dahingegen enthält die unter dem Namen des Azo sich gleichfalls verbergende Rückwirkungstheorie, wonach bei erfolgter Aufrechnungserklärung es so angesehen wird, als ob die beiden Forderungen sich schon im Zeitpunkte ihrer Koexistenz von selbst vernichtet haben, einen bedenklichen Widerspruch, auf den besonders Eisele aufmerksam macht. Es wird nämlich bei dieser Theorie „ein und dasselbe, die rechtliche Existenz der sich deckenden Forderungsbeträge für denselben Zeitraum bejaht und verneint“.[1]) Leonhard ist der einzige Schriftsteller, der den Grundsätzen der Logik folgend schon für das römische Recht die Ansicht verteidigte, daß alle Wirkungen der Aufrechnung erst im Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung, d. h. erst mit und durch diese Erklärung eintreten.[2])

Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches ist in gleicher Weise ein Muster von Ungereimtheit. Nach § 389 ist das forderungstilgende Moment zweifelsohne die einseitige Erklärung. Auch die Motive sagen ausdrücklich, daß die Aufrechnung mit und durch die Erklärung des Aufrechnenden eintrete und daß vor erfolgter Aufrechnung die beiderseitigen Forderungsrechte von der Kompensationslage völlig unberührt sich gegenüberstehen. Gleichwohl hat das Gesetz im § 389 bestimmt, daß die Forderungen schon in dem Zeitpunkte als erloschen gelten sollen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet gegenüber getreten sind. Die Motive versuchen zwar die Folgewidrigkeit des Gesetzgebers zu rechtfertigen. Sie führen aus, die Abweichung vom Prinzip sei erforderlich, „um den Anforderungen des praktischen Lebens und des Verkehrs zu genügen“, weil durch die zeitliche Bindung der Wirkung der Aufrechnung an die Kompensationserklärung der praktische Wert des Rechtsinstituts verkümmert würde.

Diese Rechtfertigung ist aber nicht stichhaltig und durch gewichtige Gegengründe widerlegt,[3]) weswegen auch der fragliche Grundsatz in den beiden Kommissionen als eine „Anomalie“ bekämpft wurde. Auch aus den Motiven klingt überall der Zweifel hindurch, den die Durchführung der nunmehr gesetzlich sanktionierten Rückwirkungsthorie in ihren einzelnen Konsequenzen hervorrufen muß. Die Motive gestehen selbst ein, daß die Verneinung der rückwirkenden Kraft mit der Auffassung, wonach sich beide Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung des einen oder anderen Teils unabhängig und unbeeinflußt voneinander gegenüberstehen, eher im Einklange stände und daß mit der Aufstellung der rückwirkenden Kraft im Wesentlichen doch anerkannt werde, daß schon von dem Zeitpunkte an, wo die Forderungen sich kompensationsfähig gegenübergetreten sind, die eine von der andern beeinflußt und von selbst getilgt sei.

Auch die Wissenschaft hat versucht, die Anomalie des Gesetzes zu rechtfertigen. Kiehl will die Rückwirkung der Aufrechnung aus dem Satze herleiten: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Er meint, sie beruhe auf dem Gedanken, daß der Gläubiger arglistig handele, wenn er am Fälligkeitstage fordern wolle, wiewohl er wisse, daß er selbst schuldig sei. Kiehl will deswegen auch der Aufrechnung die rückwirkende Kraft dann versagen, wenn der Gläubiger am Fälligkeitstage von dem Bestehen einer Gegenforderung nichts wußte und nichts wissen konnte.[4])

Auch diese Auffassung müssen wir zurückweisen. Wer weiß, daß der Gegner sich durch Aufrechnung befreien konnte und trotzdem die Forderung geltend macht, handelt durchaus nicht arglistig, stand es doch ganz in dem Belieben des Gegners, von seinem Aufrechnungs-

[1]) Eisele a. a. O. S. 217.
[2]) Leonhard, Aufrechnung S. 117, 186 f., 166, 202.
[3]) vgl. Goldschmidt, Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 144 ff.
[4]) So Kiehl, Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Mieters, in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 853.

rechte Gebrauch zu machen oder nicht. Erscheint aber die Geltendmachung einer Forderung trotz Aufrechnungsmöglichkeit nicht als doloses Verhalten, so können auch die an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen unmöglich als Dolusfolgen aufgefaßt werden. Hat der aufrechnungsberechtigte Schuldner dem Gläubiger aber in doloser Absicht seine Aufrechnungsmöglichkeit verheimlicht und ist dieser somit zum Prozesse genötigt, so ist der Gläubiger durch § 826 BGB. hinreichend gegen ein solches Verhalten geschützt.[1])

Der § 389 bleibt daher weiter nichts als eine willkürliche gesetzliche Fiktion, eine an sich folgewidrige, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebene positive Rechtsregel. Denn auch der Ausdruck „bewirkt" beweist nicht, daß innere Ursachen zur Statuierung der rückwirkenden Kraft drängten. So hat das unscheinbare ipso jure des römischen Rechts auch hier seinen verheerenden Einfluß geltend gemacht. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat „das große Rätsel" nicht im Sinne der Römer gelöst. Es ist ein anderes Werk, als es die Römer aufgebaut und uns hinterlassen haben. Dieses ist ein Muster von Folgerichtigkeit, jenes dagegen bedeutet eine „Abweichung vom Prinzip".

Wenn nun auch der Zeitpunkt der Kompensationslage als der für den Eintritt der Wirkungen maßgebende Zeitpunkt zu erachten ist, so wird dadurch jedoch keineswegs das kompensable Gegenübertreten zur Ursache der Wirkung, wie einige Schriftsteller auch für das Bürgerliche Gesetzbuch zu Unrecht behauptet haben.[2]) Es bleibt vielmehr die Koexistenz lediglich Voraussetzung, während die Erklärung das eigentlich Wirkende, die Ursache des Aufrechnungsvollzuges ist.

Wir lehnen es darum ausdrücklich ab, aus der Koexistenz der Forderungen irgend eine andere als die hier anerkannte Wirkung[3]) zu ziehen und verneinen entschieden jede Vinkulierung der beiderseitigen Ansprüche oder eine in der Aufrechnungssituation liegende Vorwirkung. Nur in den erörterten §§ 357, 390 Satz 2 und 406 nehmen wir an, daß der Gesetzgeber hier aus besonderen Gründen der Aufrechnungslage eine hervorragende Bedeutung beimißt, welche Fälle aber wegen ihres singulären Charakters nicht geeignet sind, daß weitere Konsequenzen aus der Aufrechnungslage gezogen werden können. Insbesondere begründet die Koexistenz kein Einrederecht, welches zur Verweigerung der Leistung berechtigte. Würde dieses der Fall sein, so müßte auch dem Bürgen das Recht zustehen, mit einer Forderung des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen, denn nach § 768 kann der Bürge dem Gläubiger gegenüber dieselben Einreden geltend machen, die auch der Hauptschuldner erheben kann. Von der Aufrechnung aber sagt das Gesetz nur, daß der Bürge das Recht habe, die Leistung zu verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen könne. Das Gesetz spricht also nur von einer noch nicht erklärten Aufrechnung, von dem durch die Aufrechnungslage geschaffenen Rechte zur Aufrechnung.

Die einzige Wirkung, welche die Koexistenz der Forderungen auf die Rechte ausübt, ist die Begründung eines jedem der Beteiligten zustehenden Rechtes zur Aufrechnung, inhalts dessen jeder Teil befugt ist, die Forderung seines Gegners durch Aufrechnung aus der Welt zu schaffen, unbeschadet des Rechts, sie durch reale Erfüllung zu befriedigen. In diesem Sinne kann gesagt werden, daß die Forderungen mit einem Rechte „belastet" sind. Jedoch bedeutet diese „Belastung" keinerlei Schwächung oder Affektion der Forderungen, denn sonst müßte schließlich jede Forderung als geschwächt gelten. Denn hinsichtlich jeder Forderung besteht das Recht, sie zu erfüllen. Das Recht der Aufrechnung ist aber auch nichts anderes, als die Befugnis, die Forderungen in Gestalt der Aufrechnung zu befriedigen. Wir können

---

[1]) Gegen Kiehl insbesondere: Alsberg, Die prozessuale Aufrechnung gegenüber dem vertragsmäßigen Exmissionsrecht des Vermieters, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 93 ff.

[2]) s. oben S. 63 ff.

[3]) s. unten S. 98.

uns darum nicht der Ansicht von Hölder[1]) anschließen, der meint, das Recht zur Aufrechnung bestehe nur in der Befugnis zur Leistungsverweigerung[2]) in dem Sinne, daß ohne ihre Ausübung die Leistung als geschuldet gelte. Nur in letzter Beziehung mag die Theorie richtig sein. Von einer Leistungsverweigerung des Aufrechnenden kann aber, wenn überhaupt, höchstens nur im Prozesse gesprochen werden. Der außergerichtlich Kompensierende verweigert keine Leistung, er leistet vielmehr in Gestalt der Aufrechnung.

Das durch die Aufrechnungslage geschaffene Recht zur Aufrechnung enthält auch keine facultas alternativa, wie Liebknecht annimmt.[3]) Von einer facultas alternativa kann nur gesprochen werden, wenn zwei grundverschiedene Leistungsgegenstände in Frage kommen. A, der dem B ein Pferd schuldet, kann sich von seiner Verpflichtung auch dadurch befreien, daß er eine Kuh hingibt. Bei der Aufrechnung kommen aber nicht zwei verschiedene Leistungsgegenstände in Betracht, sondern lediglich die Form der Befriedigung ist verschieden. Der Aufrechnungsberechtigte kann den Gegner befriedigen sowohl durch Barzahlung wie durch Aufrechnung. Es ist daher nicht angängig, von einer facultas alternativa hier zu sprechen.[4])

Als Konsequenzen des hier eigenommenen Standpunktes heben wir folgendes hervor:

Wir versagen die condictio indebiti demjenigen, der in Unkenntnis der Aufrechnungslage gezahlt hat, während die Gegner gerade aus der Vinkulierung der Forderungen ihre Zulässigkeit herleiten. Für Weismann wenigstens ist dieses der durchschlagende Gedanke.[5])

Er sagt ausdrücklich:

„Der Aufrechnende konnte doch der Forderung, wenn auch nur unter Aufopferung der eigenen, aber er konnte ihr doch jederzeit durch einseitige Erklärung ein Ende bereiten."

Weismann hält es für eine Unbilligkeit, wenn jemand eine verzinsliche Forderung mitsamt den seit Erwachsen der Gegenforderung aufgelaufenen Zinsen in Unkenntnis einer ihm gegen den Gegner zustehenden unverzinslichen Forderung bezahlt und ihm eine Rückforderung der Zinsen nicht gestattet werden solle. Aber zu Unrecht, denn beide Teile sind bei der Kompensation vollständig gleichgestellt. Auch der Gläubiger, der in Unkenntnis seiner Schuld die Zahlung angenommen hat, kann seinerseits nicht das Empfangene zurückgeben, um sich dadurch seinerseits die Aufrechnungsmöglichkeit zu verschaffen.[6])

Als weitere Konsequenz, daß das kompensable Gegenübertreten die Forderungen vollkommen unberührt läßt, ergibt sich, daß der nach Klageerhebung aufrechnende Schuldner die Prozeßkosten zu tragen hat. Denn er steht in diesem Falle demjenigen gleich, der erst nach Rechtshängigkeit gezahlt hat. Er kann sich nicht auf § 93 ZPO. berufen und geltend machen, er habe zur Klageerhebung keine Veranlassung gegeben. Zur Zeit der Klageerhebung hatte der Gläubiger einen noch ungeschwächten Anspruch.[7]) Die gegenteilige Meinung, welche die Kosten dem Kläger zur Last legen will, ist unrichtig. Während Weismann sie wiederum aus der Vinkulierung der Forderung ableitet, behauptet Eccius[8]) und das Reichsgericht,[9]) daß wegen der im § 389 sanktionierten Rückwirkung der Kläger kostenfällig werden müsse, wenn die Forderungen schon vor der Klageerhebung sich aufrechenbar entgegenstanden. Auch dieser

---

[1]) Hölder im Arch. f. zivil. Prax. Bd. 93 S. 129.

[2]) vgl. auch Lippmann a. a. O. S. 505, 507, 521 ff., 527 f., 496 u. 501 f.

[3]) Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 106 ff.

[4]) Dagegen auch Langheinekrn a. a. O. S. 108.

[5]) Weismann a. a. O. S. 35.

[6]) Huber, Gutachten über den § 283 des Entw., Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 19.

[7]) So auch Förtsch a. a. O. S. 233; Mansfeld a. a. O. S. 258; Siber S. 127; Liebknecht a. a. O. Vorwort S. 6.

[8]) Eccius a. a. O. S. 255.

[9]) RG. Bd. 50 S. 391 und JurW. 1902 Beil. S. 198; vgl. auch OLG. Breslau, Recht VI S. 587.

Begründung können wir nicht beistimmen. Die Bestimmung des § 389 enthält nur materielles Recht, darum kann die Aufrechnung nur für das materielle, nicht auch für das prozessuale Recht rückwirkende Kraft äußern.

Durch die Aufrechnung wird auch keine Veränderung des Gerichtsstandes herbeigeführt. Hat z. B. B eine Forderung gegen seinen Gläubiger A, so kann A im Gerichtsstande des Vermögens gegen B klagen, und es bleibt dieser Gerichtsstand auch dann fortbestehen, wenn B im Prozesse aufrechnet und seine Forderung die des A übersteigt. Will A selbst aufrechnen, so muß er sich davor hüten, die Aufrechnung schon in der Klage zu erklären, wohingegen es ihm nicht schadet, wenn er die Aufrechnung für die mündliche Verhandlung ankündigt.[1])

Schließlich mag noch angeführt werden, daß der Beklagte auch nach Verkündung eines Urteils in der Vollstreckungsinstanz die Aufrechnung gegen den judikatmäßig festgestellten Anspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. noch geltend machen kann, auch wenn die Forderungen bereits vorher kompensabel waren. Die gegenteilige in den Protokollen vertretene Meinung beruht auf der bisherigen Auffassung der Kompensation, mit ihrer heutigen, durch das Bürgerliche Gesetzbuch ihr gegebenen Ausgestaltung ist sie unvereinbar.[2])

§ 13.

Die Wirkungen im besonderen.

Der in § 389 für den Eintritt der Aufrechnungswirkungen festgelegte Zeitpunkt bezieht sich nicht nur auf das Erlöschen der beiderseitigen Forderungsrechte, sondern auch auf die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche und gegen einen Ablösungsverpflichteten. Auch hier gilt die aufgerechnete Forderung als im Moment der Kompensabilität untergegangen. Wenngleich das Gesetz die Rückwirkung hier nicht ausdrücklich bestimmt hat, so wird gleichwohl eine Rückwirkung eintreten müssen. Denn es ist anzunehmen, daß das Gesetz für sämtliche Rechtsfolgen einen einheitlichen Zeitpunkt hat aufstellen wollen. In dem letzteren Falle erhält die Rückwirkung eine besondere Bedeutung für die Aufrechnung im Konkurse, wie aus den von Siber ausgeführten Beispielen hervorgeht, auf welche aber nicht näher eingegangen werden kann.[3])

Der Zeitpunkt, „in welchem die Forderungen zur Aufrechnung geeignet gegenüber getreten sind", ist dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 387 vorliegen und in concreto kein Aufrechnungsverbot besteht. Wir verweisen in dieser Beziehung auf unsere Ausführungen in den §§ 1—6.

Der für die Aufrechnungswirkungen maßgebende Zeitpunkt kann ein verschiedener sein, je nachdem der Gläubiger oder der Schuldner der Forderung die Aufrechnung erklärt. Es folgt dieses aus dem in § 387 aufgestellten Grundsatze, daß der Gläubiger nur aufrechnen kann, wenn seine Forderung fällig ist, wohingegen der Schuldner schon aufrechnungsberechtigt ist, wenn er zur Bewirkung der Leistung befugt ist. Der Zeitpunkt der Rückwirkung richtet sich somit nach dem Momente, in welchem die Forderungen für den Kompensanten aufrechenbar wurden. Der Kompensat kann nicht seinerseits durch eine nachträgliche Aufrechnung diese Wirkung auf den ihm günstigeren Zeitpunkt der Entstehung seines Aufrechnungsrechtes zurückverlegen, da durch die erste Aufrechnung sein Aufrechnungsrecht bereits erloschen war. Ein Beispiel diene zur Erläuterung.

---

[1]) Weismann a. a. O. S. 29; Huber a. a. O. S. 23.
[2]) Prot. I S. 1414f.; vgl. auch Eccius a. a. O. S. 256.
[3]) Siber a. a. O. S. 126.

B ist am 1. Februar dem A 100 Mk. schuldig geworden, die am 1. Juli fällig wurden, und erwarb am 1. März eine sofort fällige Forderung von 100 Mk. an A. Am 1. März trat die Gegenforderung des A der Forderung des B kompensabel gegenüber und es konnte B in diesem Zeitpunkte sofort gegen A aufrechnen. Rechnet er nach dem 1. Juli auf, so bestimmen sich die Wirkungen des Forderungsunterganges nach dem 1. März.

A kann vor dem 1. Juli nicht aufrechnen, da erst an diesem Tage seine Forderung fällig wird. Somit ist auch erst am 1. Juli für ihn das Recht zur Aufrechnung begründet. Macht er an diesem Tage oder später die Aufrechnung geltend, so ist der 1. Juli der nach § 389 entscheidende Zeitpunkt.

Hat A die Aufrechnung erklärt, so sind durch die Ausübung seines Aufrechnungsrechtes beide Forderungen sowie das Aufrechnungsrecht des B als am 1. Juli untergegangen zu erachten. B kann nicht mehr seinerseits aufrechnen, damit der Untergang auf den 1. März zurückdatiert würde. Er muß vielmehr bis zum 1. Juli Zinsen zahlen, falls die Forderung des A eine verzinsliche war.

Bei Forderungen, deren gegenwärtige Höhe durch ein regelmäßiges Anwachsen bestimmt wird, z. B. bei Forderungen auf Herausgabe von in Geld veranschlagten Nutzungen, ist der für die Aufrechenbarkeit geeignete Zeitpunkt derjenige, in welchem die Forderung die geltend gemachte Höhe erlangt hat. Man kann nicht die Forderung in einzelne Stücke zerlegen und je nach dem angewachsenen Stück den Zeitpunkt bestimmen. Für die Aufrechnung kommt sie vielmehr in der Höhe in Betracht, die sie an dem Tage der Aufrechnungserklärung hatte.[1])

Man hat darüber gestritten, ob der Schuldner einer an einem bestimmten Tage, z. B. am 20. August zu zahlenden Schuld verpflichtet ist, bereits am Morgen des Fälligkeitstages zu zahlen, wenn der Gläubiger am Morgen die Leistung verlangt. Ludwig Goldschmidt hat diese Frage verneint und behauptet,[2]) der Schuldner sei verpflichtet, erst am Abend des Zahltages die Leistung bereitzuhalten. Diese Frage ist wegen der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung nicht unwichtig, wenn z. B. der Schuldner der Forderung zu festbestimmter Zeit unter Konventionalstrafe eine Leistung an den Gläubiger zu bewirken hat. Goldschmidt führt in dem von ihm beregten Beispiele richtig aus, daß der Beklagte bereits um 9 Uhr morgens die Säcke verlangen kann und somit in diesem Augenblicke die beiden Forderungen kompensabel geworden und demnach auf diesen Zeitpunkt die Wirkungen der Aufrechnung zurückzudatieren sind, so daß der Kläger abgewiesen werden muß. Wenn Goldschmidt dieses Resultat gleichwohl als der Sachlage nicht entsprechend erachtet, so dürfte seine Ansicht nicht gebilligt werden können. Fordert der Gläubiger am Morgen des Fälligkeitstages, so muß auch der Schuldner leisten. Denn das Gesetz enthält, wie Huber zutreffend ausführt,[3]) keinen Rechtssatz dahingehend, daß eine an einem bestimmten Tage fällige Leistung erst gegen Ende des Tages gefordert werden darf und erfüllt zu werden braucht. Rechnet der Gläubiger auf, so bestimmen sich die Aufrechnungswirkungen nach dem Beginn des Leistungstages, während bei der Aufrechnungserklärung des Schuldners diese Wirkungen als in einem früheren Termine eingetreten gelten, da er die Leistung schon vor ihrer Fälligkeit erfüllen konnte und somit für ihn die Forderungen schon früher kompensabel waren. Es kann bei dieser Sachlage nicht als ein glücklicher Griff des Gesetzgebers angesehen werden, daß er für die Aufrechnungswirkungen den Zeitpunkt als maßgebend erachtet, in dem beide Forderungen kompensabel geworden sind. Das Gesetz würde die Rechtslage einfacher gestaltet haben, wenn es als den kritischen Zeitpunkt den Moment aufgestellt hätte, in dem eine Forderung der anderen aufrechenbar gegenübertrat.

---

[1]) vgl. Binder, Beiträge zur Auslegung des BGB. Heft 1 S. 23 ff.; dazu Langheineken im Recht 1902 S. 385 ff.

[2]) Ludwig Goldschmidt über den § 283 des E. I in den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 164.

[3]) Huber a. a. O. S. 32.

Die infolge der Aufrechnung eintretenden Wirkungen beziehen sich naturgemäß zunächst auf die von ihr unmittelbar betroffenen Forderungen und auf die von den Forderungen ausgehenden Rechtsfolgen. Demgemäß erlöschen von dem Zeitpunkte des kompensablen Gegenübertretens die gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zinsverbindlichkeiten, wobei es gleichgültig ist, ob nur die eine oder beide Forderungen verzinslich waren und ob die Höhe des Zinsfußes gleich oder eine verschiedene war. Wird aber ein Kapital nebst Zinsen geschuldet, so ist der § 396 zu berücksichtigen, wie wir oben gezeigt haben.[1] Hat der Gläubiger die in der Zeit zwischen der Aufrechnungsmöglichkeit und der Aufrechnungserklärung fallenden Zinsen vor der Aufrechnung an einen Dritten abgetreten, so hört wegen der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung auch hier die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung dieser Zinsen auf.[2] Es soll von dem Aufrechnungsberechtigten jeder Schaden abgewandt werden, den er durch die mögliche Aufrechnung von sich hätte abwenden können.[3]

Das römische Recht enthielt hinsichtlich des Zinsenlaufs die ausdrückliche constitutio Severi, l. 11 D. h. t., in welcher aus Billigkeitsrücksichten bestimmt war, daß die Verpflichtung der Zinszahlung dann vom Momente der Koexistenz aufhören sollte, wenn nur die eine Forderung verzinslich oder die Höhe des Zinsfußes verschieden war und wenn außerdem vertragsmäßige Zinsen geschuldet wurden. Für das römische Recht war hiernach die Sistierung des Zinsenlaufs keine Folgeerscheinung der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung, noch viel weniger enthält das Quellenzeugnis eine Bestätigung der Vonselbstaufhebungstheorie. Sie ist und bleibt eine positive Gesetzesvorschrift, aus der keine Schlüsse für das Wesen der römischen Kompensation gezogen werden können.

Auch die Folgen eines etwaigen Leistungsverzuges des Schuldners werden nachträglich wieder beseitigt. Es kann dies aber nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, daß der Schuldner im Falle nachträglicher Aufrechnung die Nichtleistung nicht hätte zu vertreten brauchen, wie Dernburg annimmt.[4] Dagegen spricht die Tatsache, daß auch die Folgen des Gläubigerverzuges fortfallen, bei dem ein Verschulden überhaupt nicht in Frage kommt.

Ebenso erlöschen alle Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit der Koexistenz der Forderungen, auch wenn sie in concreto nicht auf einem Verzuge des Schuldners beruhen.[5] Eine Vertragsstrafe braucht nicht entrichtet zu werden.[6] Jedoch ist hier zu beachten, daß das ausdrückliche Stipulieren einer Konventionalstrafe einen Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis enthalten kann. Die näheren Umstände sind hierüber entscheidend. Außerdem wird auch jeder andere Nachteil für den Schuldner als nicht eingetreten erachtet, den er — von den Verzugsfolgen abgesehen — dem Gläubiger ersetzen müßte.[7]

Von der vernichtenden Kraft der Aufrechnung werden auch die sog. akzessorischen Rechte betroffen, deren Bestand von der Existenz der zur Kompensation gestellten Forderungen abhängig ist und die darum untergehen müssen, wenn die Aufrechnung mit oder gegen sie erklärt wird. Das zur Sicherheit der Forderung gegebene Faustpfand und der bestellte Bürge treten im Augenblicke der Aufrechnungserklärung aus der Haftung, da von jetzt ab keine Forderung mehr besteht, welche sie sichern sollen. Und zwar gilt infolge der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung die Bürgen- und Pfandbefreiung gleichfalls als im Momente des kompensablen Gegenübertretens der Forderungen eingetreten.

Die Aufrechnung äußert aber nur Wirkungen hinsichtlich jener Rechtsverhältnisse, die an den Kompensationsforderungen unmittelbar beteiligt sind. Hatte der Bürge die Bürg-

[1] s. oben S. 88 ff.
[2] Weigelin a. a. O. S. 165; zweifelnd Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 439.
[3] vgl. auch Siber S. 68 ff.; Kretschmar, Secum pensare S. 25; James Goldschmidt a. a. O. S. 135.
[4] Dernburg a. a. O. II S. 209.
[5] Neumann § 389 Anm. 1.
[6] Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 440 d; Matthiaß a. a. O.
[7] vgl. Ludwig Goldschmidt a. a. O. S. 152.

schaft nur gegen Provision übernommen, oder war die Sache nur gegen Entschädigung verpfändet, so ist das Verhältnis zwischen Bürgen oder Eigentümer der verpfändeten Sachen zum Gläubiger einerseits und das Verhältnis zwischen Bürgen oder Eigentümer zum Schuldner andererseits zu unterscheiden. Mit dem Erlöschen der gesicherten Forderungen gehen nur die Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen oder Verpfänder unter, denn nur diese Ansprüche bilden ein adnexum der Hauptforderung. Nur insoweit vermag die Aufrechnung rückwirkende Kraft zu äußern. Dahingegen ist das zwischen Bürgen bezw. Verpfänder und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis von den Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen bezw. Verpfänder vollkommen unabhängig. Es wird darum auch nicht von der Aufrechnung betroffen. Der Schuldner ist demgemäß verpflichtet, dem Bürgen oder Eigentümer der verpfändeten Sachen die ausbedungene Provision oder Entschädigung bis zur Aufrechnungserklärung und nicht bloß bis zu dem Tage zu zahlen, an welchem die Hauptforderung nach § 389 als erloschen gilt. Dieser Grundsatz tritt insbesondere auch in den von Huber angeführten Beispielen hervor, auf welche indes hier nicht näher eingegangen werden kann.[1])

[1]) Huber a. a. O. S. 25; a. M. Ludwig Goldschmidt a. a. O. S. 156 f.

Zweiter Hauptteil.

Das Rechtsinstitut in seiner inneren Ausgestaltung.

Vierter Abschnitt.

Die Kompensation des römischen Rechts.

§ 14.

Der innere Grundgedanke der Kompensation ist der Zahlungsgedanke.

In dem zweiten Hauptteile der Abhandlung soll die innere juristische Wesensstruktur des Rechtsinstituts untersucht werden. Die Prüfung dieser Frage führt uns wiederum auf ein Gebiet, wo ein heftiger Meinungskampf herrscht. Ein Blick auf die zahlreichen Konstruktionsversuche beweist, wie schwierig die Lösung des Problems, wie schwierig allem Anscheine nach schon der Ausgangspunkt sein muß, der zur Entdeckung des eigentümlichen inneren Wesens des Rechtsgebildes mit Sicherheit hinführt. Auch hier ist es wiederum das unscheinbare ipso jure, das einen nachteiligen Einfluß ausgeübt hat. Verhängnisvoll hat auch jener Ausspruch von Paulus in der l. 8 D. de doli mali exceptione 44, 4 gewirkt: „Dolo facit, qui petit quod redditurus est", ein Satz, der von Dernburg sogar „als die Grundlage des gesamten Kompensationsrechts" bezeichnet wird. Diese Auffassung, die von der Mehrheit der Schriftsteller geteilt wird, bedeutet aber einen folgeschweren Irrtum auf dem Gebiete der Kompensationslehre, da seine Verwertung für das vorliegende Gebiet etwas voraussetzt, was gerade der juristischen Rechtfertigung bedarf. Es wird sich im Zusammenhange an späterer Stelle Gelegenheit bieten, die Verkehrtheit dieser Lehre darzutun. [1])

Von welchem Punkte muß nun ausgegangen werden, um der Eigentümlichkeit des inneren juristischen Wesens der Aufrechnung auf die Spur zu kommen?

M. E. geben folgende Erwägungen die richtige Direktive.

Der Zweck einer jeden Obligation besteht in der Verwirklichung ihres Inhalts; eine Obligation ohne Erfüllungspflicht [2]) ist ein juristisches Unding. Weiterhin ist es natürlich [3]) und nach den Grundsätzen der Rechtslogik notwendig, daß jene Verwirklichung ihres Inhaltes, die Lösung der Obligation, durch dieselben Tatsachen erfolge, durch die sie ins Leben gerufen ist, ein Grundsatz, der im strengen römischen Rechte mit aller Schärfe durchgeführt wurde und erst mit dem Eindringen des formfreien jus gentium in das jus civile mildere Gestalt annahm. Jede Obligation bildete ferner eine in sich abgeschlossene, selbständige Individualität. Die Existenz einer Gegenforderung übte keinerlei Einfluß auf ihren rechtlichen Bestand aus.

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 361.
[2]) vgl. pr. J. quib. mod. obl. 3, 29 und l. 3 pr. D. 44, 7.
[3]) l. 35 de R. J.

Beide Forderungen verlangten mit Rücksicht auf ihren Inhalt und gemäß des ausgeprägten Grundsatzes der Selbständigkeit und Unvermischbarkeit der Forderungen Leistung, d. h. Verwirklichung ihres Inhaltes durch contrarius actus.

Bei der Kompensation standen sich zwei auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete Obligationen gegenüber, die beide nach strikter Rechtslogik Effektivleistung erheischten. Durch die Kompensation aber wurden beide Forderungen gleichzeitig, durch einen einzigen Akt, uno acto, aus der Welt geschafft. Diese schroffe Abweichung von jenem tief eingewurzelten Prinzip, sowie der von dem Kompensanten auf den Gläubiger-Schuldner ausgeübte Zwang, statt Barzahlung sich mit einer bloßen Aufrechnung abfinden zu lassen, bedarf der juristischen Rechtfertigung. Es ist daher berechtigt, hier die Lösung des Problems zu suchen.[1])

Da dem neuen Eindringling in das römische Rechtsleben sich hiernach anscheinend unüberwindliche Schwierigkeiten mit Allgewalt entgegenstellten, muß der den inneren Kern des Instituts ausmachende Grundgedanke eine wahre Fülle von Machtvollkommenheit in sich vereinigen. Er muß imstande sein, ihm in hohem Maße Lebenskraft zu verschaffen, ihm gleichsam die rechtliche Seele zu leihen. Diese Kraft kann er nur aus dem materiellen Rechte schöpfen; denn das materielle Recht verlangte Rechtfertigung, warum hier die der strikten Logik widersprechende Aufhebung der Forderungen ohne Barzahlung eintrete. Dieser Grundgedanke muß auch in dem materiellen Rechte in irgend einer Form zutage getreten sein. Wie sollte es auch möglich sein, daß plötzlich im Prozesse ein Recht jene obligationstilgende Kraft besäße, ohne daß es in dem materiellen Rechte Anerkennung gefunden hätte! In dem Sinne sagt Dernburg mit Recht, „daß dem Begriffe nach der Geltendmachung eines Rechts im Prozesse immer ein materielles Recht vorausgehen müsse".[2]) Die Richtigkeit dieser Auffassung wird von Lippmann und Brinz bestritten. Nach ihrer Auffassung wurzelt der Grundgedanke des Instituts im Prozeßrechte. Die Kompensation selbst erscheint ihnen lediglich als ein prozessuales Rechtsgebilde, als ein modus procedendi, nicht aber als ein materieller modus tollendi obligationem, welche Qualität der Kompensation in ihrer entwickelten Gestalt auch schon für das römische Recht ohne Zweifel beigemessen werden muß. So sagt Lippmann: „Welches war der Gedanke, der im römischen Recht dem Institute der Kompensation seine Entstehung und erste Berechtigung gab? M. E. nicht der Gedanke einer Befriedigung durch Leistung des Gegenstandes der Obligation oder eines Surrogates desselben, einer wechselseitigen Befriedigung. Kompensation war gedacht als Klageminderung, Minderung des Anspruchs in seiner Sichbetätigung, und diese Minderung konnte nur der Richter vollziehen. Sie war ein modus procedendi, nicht ein modus solvendi."[3]) Brinz hält auffallenderweise nur bei der vertragsmäßigen Kompensation an dem hier vertretenen Grundgedanken fest, er leugnet ihn aber für die Zwangskompensation, in welcher er ein privilegiertes Retentionsrecht, „die Befugnis immerwährenden Zurückbehaltens" erblickt.[4]) In diesem Sinne äußert er sich folgendermaßen: „Die Wirkung der gerichtlichen Kompensation bestimmt sich nach der in Rechtskraft erwachsenen Sentenz. Soweit diese auf Kompensation erkannt hat, sind die Forderungen nicht durch Zahlung aufgehoben, wohl aber konsumiert."[5]) Diese Verlegung des Schwerpunktes auf das prozessuale Gebiet bedeutet eine völlige Verkennung des den innern Kern des Instituts treffenden Grundgedankens. Und doch tritt dieser an den verschiedensten Stellen in unzweideutiger Klarheit zutage. Wiederholt ist er in den Rechtsquellen ausdrücklich ausgesprochen. Es ist der Zahlungsgedanke. Es wird hier die Kom-

---

[1]) Es soll den späteren Erörterungen stets dieser Musterfall der Geldschuld unterstellt werden. Selbstverständlich kommen nur die Forderungen in Höhe der sich deckenden Beträge in Betracht.

[2]) Dernburg, Kompensation 1. Aufl. S. 14.

[3]) Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 236 Anm. 1 und S. 159.

[4]) Brinz, Pand. Bd. 3 § 149.

[5]) Brinz, Kompensation S. 156.

pensation oft mit der Zahlung verglichen, ihr gleichgestellt, nach ihrer Analogie behandelt, und alle Anzeichen weisen auch mit sichtlicher Notwendigkeit darauf hin, daß der Zahlungsgedanke den inneren juristischen Kern des Instituts bildet. Und fürwahr, in der solutio erhielt die Kompensation eine Stütze, welche ihr hinreichende Macht verlieh, alle jene Hindernisse aus dem Wege zu räumen, die ihr gebieterisch entgegentraten und den Eingang versperrten.

So erläutert z. B. Paulus in der l. 19 D. de liber. causa 40, 12 das Edikt, wonach eine Person, die sich doloserweise als Sklave verkaufen ließ, dem betrogenen Käufer das Doppelte dessen ersetzen sollte, was dieser dem Verkäufer gegeben hatte, und bestimmt dabei, daß der Zahlung auch ein durch Kompensation gebrachtes Vermögensopfer gleichstehe: vel permutavit, vel compensavit eo nomine: nam et is dedisse intelligendus est, welchen Grundsatz er in der l. 76 D. 50, 16 in dieselben Worte kleidet. Weiterhin erklärt Pomponius in der l. 4 D. 20, 4, es sei für die rechtliche Stellung eines zweiten Pfandgläubigers von keinem Unterschiede, ob der erste durch den Schuldner bezahlt, oder ob kompensiert sei:

> „. . . dicendum est perinde haberi debere, ac si priori debitori pecunia soluta esset, nec interesse solverit an pensaverit."

Und in der l. 4 C. 4, 32 verordnet schließlich Severus Alexander, die Kompensation solle als ein Surrogat der Zahlung berücksichtigt werden:

> „. . . compensationem pro soluto haberi oportet."

Ist es der Zahlungsgedanke, der sich von vornherein in das Wesensgebäude der Kompensation eingeschlichen hat, so gilt es nunmehr, diesen zur Enträtselung ihrer inneren Wesensstruktur zu verwenden.

Es mag jedoch schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß selbst bei der völligen Gleichstellung von Kompensation und Zahlung noch Differenzpunkte nach verschiedenen Seiten bestehen bleiben. Es soll später im Zusammenhange auf diese Frage zurückgegriffen werden. So viel mag aber schon hier gesagt werden, daß es verfehlt ist, den Gegensatz in der Fiktion der Zahlung zu erblicken, wie z. B. Krug annimmt. Es bedarf diesesfalls nur die Frage der Beantwortung, ob die Fiktion sich juristisch rechtfertigen läßt. Es ist kaum verständlich, wie Krug[1]) und ihm folgend auch Tellkampf[2]) für die Zwangskompensation die Fiktionsidee der solutio aufrechterhalten und trotzdem dieser Zahlung nicht alle Wirkungen einer solchen zuerkennen. Sie verkennen vollkommen das Wesen einer Fiktion, durch welche in der juristischen Sinneswelt gerade das als vorhanden angenommen wird, was in Wirklichkeit nicht da ist.

§ 15.

Ist die Kompensation ein Zahlungsvollzugsakt selbst oder hat sie nur die Wirkungen der Zahlung?

Der Zahlungsgedanke ist auch von den Vertretern der Wissenschaft im allgemeinen als der den inneren Wesenskern des Instituts unmittelbar berührende Grundgedanke erkannt worden. Er tritt jedoch nicht bei allen Schriftstellern in derselben Klarheit und Schärfe hervor, teilweise erscheint er sogar nur in einer verwaschenen, verzerrten Form. Man schritt nun zu Versuchen, den in Gestalt der Aufrechnungserklärung sich vollziehenden Zahlungshergang zu erklären.

---

[1]) Krug a. a. O.

[2]) Tellkampf, Über das Erfordernis der Liquidität bei der Kompensation, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 23 S. 303 insbesondere Anm. 8.

Ist nun die Kompensation ein Zahlungsvollzugsakt selber oder hat sie lediglich die Wirkungen einer Zahlung? Das ist die Kardinalfrage, welche der Versuch, den Zahlungsgedanken zur Enträtselung der inneren Wesensstruktur des Rechtsinstituts zu verwerten, notwendigerweise hervorgerufen.

I. Entsprechend dieser Grundfrage machen sich in der Wissenschaft des bisherigen Rechts zwei Hauptströmungen geltend. Die eine Richtung ist diejenige, welche der vollzogenen Kompensation nur die Wirkungen der Zahlung beilegt, im übrigen aber den Zahlungsgedanken aus der inneren Wesensbestimmung des Instituts ausschließt. Zu dieser Lehre bekennt sich nur die Minorität. Es sind dieses namentlich jene Interpreten, welche dem ipso jure eine allzu große Bedeutung beimessen, und denen der Moment der Koexistenz der Forderungen in irgend einer Weise Einfluß auf die Forderungen selbst ausübt. Alle diese Konstruktionsversuche machen aber bei näherer Betrachtung nur den Eindruck eines Notbehelfs. Man ist zum Teil gezwungen, zu diesem Notbehelf seine Zuflucht zu nehmen, um nicht mit den eigenen Lehren in bedenklichen Konflikt zu geraten. Es mögen zuerst die Anhänger der krassen ipso jure-Theorie im Sinne des Martinus gehört werden! Ihnen ist die peremptorische Tatsache des Gegenübertretens der Forderungen allein das obligationstilgende Moment. Selbstverständlich bietet diese Lehre dem Zahlungsgedanken keinen Raum. Da man sich jedoch der Erkenntnis nicht verschließen kann, daß dieser mehr als ein bloßes äußeres Wesensmoment ist, findet man sich mit ihm in der Weise ab, daß man der ipso jure, d. h. sine facto hominis eintretenden Kompensation die Wirkungen einer Zahlung beilegt.

So lehrt z. B. Roßhirt:

> „Die Tilgung der Schuld tritt bei der Kompensation nicht erst dann ein, wenn man sich gerichtlich oder außergerichtlich auf die Kompensation beruft; denn es bedarf zur Kompensation keines besonderen facti. Ihre Wirkungen sind die einer solutio.“[1])

Ferner Asher:

> „Im Augenblick, wo zwei wechselseitige Forderungen vorhanden sind, die sich ihrer Natur nach zur Aufrechnung eignen, findet die Aufrechnung ohne Zutun eines Menschen statt, was die Wirkung einer Zahlung hat.“[2])

Ebenso Thibaut:

> „Es erlöschen die gegenseitigen gleichartigen Forderungen mit allen Wirkungen einer Zahlung in dem Augenblicke, da sie gleich sind, bis auf die konkurrente Summe.“[3])

Bei den vermittelnden ipso jure Theorieen erscheint die Wesensbestimmung des Instituts in noch bunteren Farben. Während die Mehrzahl der Schriftsteller in dem Kompensationsvollzuge einen wirklichen Zahlungshergang erblickt, verwertet die Minorität den Zahlungsgedanken ebenfalls nur zur Bezeichnung der Kompensationswirkungen.

Die Anhänger des Tyndarus legen der Kompensation vielfach einen Ausgleichungsvorgang zugrunde, dem der Zahlungsgedanke selbstverständlich das Feld räumen muß. Einige Schriftsteller finden sich in der Weise mit ihm ab, daß sie ihn lediglich dazu verwenden, um die Wirkungen der ipso jure-Kompensation zu erklären.

So lehrt z. B. Unger:

> „Kompensation ist die gegenseitige Aufhebung von Forderungen mittelst Aufrechnung. Forderung und Gegenforderung gleichen sich im Moment ihres Zusammentreffens aus und heben einander kraft Rechtens auf (ipso jure); aber diese

---

1) Roßhirt, Gemeines deutsches Zivilrecht 2. Teil S. 415 f.

2) Asher, Die Kompensation im Zivilprozeß des klassischen römischen Rechts. S. 30 und 20 ff.

3) Thibaut, System des Pandektenrechts Bd. 1 Buch III Teil 2 § 606.

Wirkung tritt nicht ohne weiteres ein, sondern es bedarf dazu des Willens und des Zutuns eines der Beteiligten.“[1])

Ferner Bornemann:

„Kompensation ist Aufhebung gegenseitiger Verbindlichkeiten durch wechselseitige Aufrechnung derselben. Ihre Wirkung ist die einer wechselseitigen Zahlung, indem eine solche, wenngleich sie nicht wirklich erfolgt ist, dennoch im rechtlichen Sinne als geschehen angenommen wird.“[2])

Bei den Interpreten der azonischen Richtung wird die innere Wesensbestimmung noch schwieriger. Der Kompensationsvollzug ist ein Willensakt der Partei, dessen Wirkung auf den Moment der Koexistenz der Forderungen zurückdatiert wird, und zwar erfolgt er durch die peremptorisch wirkende Kompensationseinrede, „durch welche die vorher noch in ihrem ganzen Betrage bestandene Forderung erst aufgehoben oder vermindert wird (wie eine während des Prozesses eintretende Zahlung) und die zugleich ein Berufen auf diesen soeben eintretenden modus tollendi vel minuendi ipso jure obligationem enthält.“[3]) Von einem eigentlichen Zahlungshergange ist keine Rede. Der Kompensationsvollzug sinkt zum Teil zu einem einfachen Rechtsakte herab, dessen Wirkungen als Zahlungswirkungen zurückdatiert werden. Jedoch ist es nur die Minderzahl, die dem Zahlungsgedanken in dieser verkümmerten Form gerecht wird.

So repräsentiert z. B. Schweppe seine Lehre mit den Worten:

„Die Kompensation ist Aufrechnung einer Forderung durch eine Gegenforderung. Wer diese hat, rechnet gegen den ab, welcher jene erhebt. Die Wirkung der vorgeschützten und durchgesetzten Kompensation ist im allgemeinen der Zahlung gleich und hebt also von selbst die Verbindlichkeit auf.“[4])

Ferner lehrt Baron:

„Die Kompensation ist Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung . . . Sie steht der Zahlung gleich.“[5])

Auch Schwanert, bei dem aber der Zahlungsgedanke nicht deutlich hervortritt:

„Dem Debitor steht für sich allein das Recht zu, seine Schuld und seine Forderung gegeneinander in An- resp. Aufrechnung zu bringen.“[6])

Und das Reichsgericht sagt:

„Die Aufrechnung ist nicht Zahlung, aber ihre Wirkung äußert sich als Zahlung. Die Einrede der Kompensation ist nicht Einrede der Zahlung, sondern Geltendmachung des Rechtes, die Klageforderung durch die Kompensationsforderung zu zahlen. Und indem der beklagte Gläubiger das Recht geltend macht, fordert er zugleich Zahlung seiner eigenen Forderung gegen den klagenden Gläubiger durch Aufrechnung.“[7])

Dieser Standpunkt kommt der Auffassung jener Schriftsteller nahe, denen die ipso jure-Kompensation nicht Aufhebung von Forderungen, sondern Erwerb eines Kompensationsrechtes oder einer Kompensationseinrede bedeutet. Gemeint sind die erörterten Lehren von Dernburg, Brinz und Windscheid.[8]) Bei der ipso jure eintretenden Kompensation dieser

---

[1]) Unger in Zeitschrift f. Privat- und öffentliches Recht Bd. 15 S. 543.
[2]) Bornemann, Preuß. Zivilrecht Bd. 3 § 241 S. 379 f.
[3]) Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim Bd. 2 Heft 1 S. 401.
[4]) Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung S. 581 und 587.
[5]) Baron, Lehrbuch der Pand. § 265 S. 437.
[6]) Schwanert a. a. O. S. 2.
[7]) RG. Bd. 28 S. 418.
[8]) s. oben S. 59.

Interpreten findet der Zahlungsgedanke naturgemäß erst in dem zweiten Stadium des Kompensationsdramas, in dem die Aufhebung der Forderungen erfolgt, ein Anwendungsgebiet, um von jetzt ab Zahlungswirkungen hervorzubringen. Dernburg handelt demnach ganz folgerichtig, wenn er erst „der durchgeführten Kompensation materiell die Wirkung einer Zahlung" zuerkennt.[1]) Während Windscheid dem Zahlungsgedanken noch insofern wenigstens gerecht wird, daß er die Kompensation unter den Gesichtspunkt der datio in solutum bringt,[2]) schließt ihn Brinz vollkommen aus dem Wesensgebäude der Kompensation aus. Nach seiner Auffassung vollzieht sich in dem Kompensationsakte weder ein Zahlungshergang noch hat die durchgeführte Kompensation materiell die Wirkung einer Zahlung, vielmehr übt der Kompensant in der Kompensationseinrede ein im Momente der Koexistenz ipso jure entstandenes Retentionsrecht aus. Brinz gelangt auf diese Weise zu folgender Begriffsbestimmung:

> „Das Wesen der Kompensation besteht in der Verstärkung der Befugnis bloßen zeitweiligen Zurückbehaltens zu der Befugnis immerwährenden Zurückbehaltens."[3])

Alle diese Theorien dürfen einen Anspruch auf Richtigkeit nicht erheben. Die Beschränkung des Zahlungsgedankens auf die Wirkungen der Kompensation muß als eine mit dem Entwicklungsgange eines Rechtsinstituts im Widerspruch stehende Auffassung zurückgewiesen werden. Sollte das neue Rechtsgebilde sich wirksam entfalten können, so mußte der Widerspruch: „Aufhebung von Forderungen ohne Zahlung" mit der strikten Rechtslogik in Einklang gebracht werden. Erst unter ein stehendes Prinzip gebracht, hatte das Rechtsinstitut Anspruch auf Existenzberechtigung. Oder sollten die Römer wirklich bei der Kompensation plötzlich mit den altehrwürdigen Prinzipien von der Selbständigkeit und Unvermischbarkeit der Obligationen gebrochen und die auf Zahlung gerichtete Tendenz derselben einfach über Bord geworfen haben? Sollten jene Traditionen sang- und klanglos zu Grabe getragen sein, und soll plötzlich ein neues widerstreitendes Prinzip „des gleichzeitigen Erlöschens zusammenfallender Forderungen ohne Effektivzahlung" die ungeteilte Herrschaft erlangt haben? Trägt eine solche Auffassung das Kennzeichen der Unrichtigkeit nicht an der Stirn?

II. Diese Erwägungen haben die Schriftsteller der zweiten Hauptströmung, die sich in der Wissenschaft beobachten läßt, zu der richtigen Erkenntnis geführt, daß der Kompensant in der Kompensation einen wirklichen Zahlungsakt vornehme. Der Schuldner zahlt durch Kompensation, das ist der Grundgedanke, der sich wie ein roter Faden durch die zahlreichen Auffassungsarten hindurchzieht. Denselben Gedanken spricht schon die heute kaum noch bekannte deutsche Rechtsparömie aus: „Abrechnen ist gut bezahlen" und „Abschlag ist gute Bezahlung"[4]) und: „Qui compense, paye" sagt die französische Jurisprudenz. In welcher Weise dieser Zahlungshergang zu denken ist, darüber gehen die Ansichten wiederum weit auseinander. Einige Schriftsteller lassen den eigentlichen Zahlungshergang in ihrer Wesensbestimmung überhaupt nicht, oder doch nur in ganz verschwommener Gestalt hervortreten und konstatieren nur das Vorhandensein von Zahlungswirkungen, wobei sie vor allem die Befriedigung des Gläubigers hervorheben.

§ 16.

Die Kompensation ist weder eine „Abart" oder „Unterart" der Zahlung, noch eine „abgekürzte" Zahlung.

Die in der Wissenschaft vertretenen Auffassungsmöglichkeiten nach dieser Richtung hin lassen sich in zwei Gruppen scheiden. Die erstere begnügt sich damit, festzustellen, daß in der

[1]) Dernburg a. a. O.
[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 327.
[3]) Brinz a. a. O. Bd. 3 § 149.
[4]) G. T. Pistor, Teutsch-Juristischer Sprichwörterschatz, der ausdrücklich betont, „Abschlag" bedeute „abrechnen", compensare.

Kompensation nur eine „Unterart" oder „Abart" der Zahlung liege, während sie sich im übrigen über den Zahlungshergang selbst ausschweigt. Zu diesen letzteren gehört auch Leonhard, der sich auffallenderweise in eine Vertiefung des Problems nach dieser Seite nicht einläßt, sich vielmehr mit dem Zahlungsgedanken in der Weise abfindet, daß er einfach sagt: „Die Kompensation steht der Zahlung gleich." [1])

So lehrte schon Bartolus:

„Compensatio est imaginaria quaedam solutio."

Und Baldus begründete die Einführung der Kompensation in der Weise, daß er sagt:

„quia frustra fit per plura, quod fieri potest per pauciora." [2])

Leyser scheint an eine wirkliche Zahlung zu denken, wenn er definiert:

„Compensatio est species solutionis, [3])

während Puchta sie unter den Gesichtspunkt der uneigentlichen Zahlung bringt. [4])

Zu der zweiten Gruppe sind jene Schriftsteller zu rechnen, welche lehren, in dem Kompensationsvollzuge würde eine abgekürzte Zahlung, eine brevi manu solutio vorgenommen, da es an einem eigentlichen Übertragungsakte ermangele. [5]) Der Schuldner zahlt die Forderung des zahlenden Gläubigers mit dem Objekte seiner Gegenforderung. Diese Auffassung hat wiederum zahlreiche Varianten gezeitigt, für die sämtlich charakteristisch ist, daß sie nur die Einseitigkeit des Zahlungsvollzugsaktes betonen. Sie nehmen den Untergang der klägerischen Forderung in ihre Wesensbestimmung auf, ohne der gleichzeitig untergehenden Gegenforderung zu gedenken. Diese erlischt, indem sie zur Befriedigung des Gläubigers verbraucht wird. Dadurch wird auch sie inhaltslos.

Diese abgekürzte Zahlung erscheint zunächst in der Gestalt der Selbstzahlung des Gläubigers. Infolge der Kompensationsklage erlangt der Schuldner das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger sich mit dem, was er dem ersten schuldet, selbst bezahlt mache. Die Berufung auf jenes Recht, die „eine wahre exceptio compensationis" darstellen soll, enthält daher die Behauptung, der Gläubiger habe sich auf diese Weise selbst bezahlt gemacht. Die Forderung des Gläubigers erscheint also durch eine fingierte Selbstzahlung als getilgt.

Als Verfechter dieser Theorie ist zuerst Krug zu nennen, der seine Lehre in die Worte kleidet:

„Die Römer verstanden unter compensatio die Fiktion, daß ein Gläubiger mit demjenigen, was er dem Schuldner selbst schuldet, sich selbst bezahlt." [6])

Auch Tellkampf bekennt sich zu dieser Lehre, die er in dieselben Worte faßt, [7]) ebenso Unterholzner, der sagt:

„Insofern es einem Schuldner lieber sein muß, wenn er nicht erst zu bezahlen braucht, als wenn er genötigt ist, das Bezahlte durch Verfolgung seiner Forderung sich wieder zu verschaffen, kann er der Billigkeit gemäß von seinem Gläubiger verlangen, daß dieser ihn nicht erst verklage, sondern auf Abschlag dessen, was er zu fordern hat, das was er seinerseits schuldig ist, behalte und somit gleichsam an sich selber zahle." [8])

---

[1]) Leonhard a. a. O. S. 37 u. 114.

[2]) Bartolus in l. amplius non peti; Baldus in l. fin. ad lib. IV Cod de compensatione 1, 14.

[3]) Leyser, Meditationes ad Pandectas S. 225.

[4]) Puchta, Pand. S. 425.

[5]) Die solutio stellt sich begrifflich aus zwei Akten zusammen: dem Übertragungsakte von Eigentum an dem Leistungsgegenstande und dem Aufgeben des Forderungsrechtes an demselben, welch letzteres mit der realen Übergabe zeitlich zusammenfällt.

[6]) Krug a. a. O. S. 7.

[7]) Tellkampf a. a. O. S. 302.

[8]) Unterholzer, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. 1 S. 541.

Gegen diese Selbstzahlungsidee des Gläubigers haben sich insbesondere Dernburg[1] und Fuhr[2]) gewandt. Diese betonen mit Recht, die Zahlung sei ein Akt, der seiner Natur nach vom Schuldner auszugehen habe: Der Schuldner ist der Zahlende, nicht der Gläubiger. In der Bekämpfung dieser Lehre leitet Fuhr zu einer anderen Theorie über: Der Schuldner zahlt die Forderung des klagenden Gläubigers mit dem Objekte seiner Forderung.

So lehrte bereits Donellus, der die Kompensation als eine Surrogaterfüllung auffaßt:

> „Nihil interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam, quae apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, petiar apud eum esse tanquam numeratam.
>
> ... Quare haec pensatio tanquam numeratio merito pro solutione habenda est ... at compensatio pro solutione est ipso jure, quia et ipsa numerationem quandam brevi manu continet.“[3])

Auch Hartter bekennt sich zu dieser Lehre, indem er sagt:

> „Der Beklagte behauptet durch die Verteidigung mit der Kompensation nur, der Kläger sei bereits mit dem, was er selbst schulde, bezahlt.“[4])

Das Gegenstück zu der Selbstzahlungsidee des Gläubigers bildet jene Theorie, die lehrt, in der Kompensation vollziehe sich eine Selbstzahlung des Schuldners. Dieser erlangt mit der Kompensationsmöglichkeit die Befugnis, für seine Gegenforderung sich mit dem Objekte der Forderung des klagenden Gläubigers selbst bezahlt zu machen. Der Inhalt der Kompensationseinrede würde hiernach in der Erklärung bestehen, der Schuldner habe das Objekt der klägerischen Forderung zur Begleichung seiner Gegenforderung verbraucht und sich somit selbst bezahlt.

Zu den Anhängern dieser Theorie gehört Heimbach, der sich zur Stütze dieser Lehre auf jene Stellen beruft, die Krug zur Rechtfertigung seiner gegenteiligen Meinung ins Feld führt. Heimbach definiert folgendermaßen:

> „Die Kompensation wird in den römischen Rechtsquellen als eine gegenseitige Abrechnung des Geschuldeten und Geforderten, also als eine fingierte Bezahlung zweier Gegenforderungen durcheinander behandelt, und diese Annahme erhält ihre Erklärung durch die Bemerkung, daß, wer kompensiert, von den römischen Juristen so angesehen wird, als ob er sich selbst bezahlte.“[5])

Krug veranschaulicht die in Rede stehende Selbstzahlungsidee des Gläubigers in der Weise, daß er sich „zwei ängstlich genaue Familienväter“ denkt, von denen jeder für die laufenden Einnahmen wie Ausgaben eine besondere Kasse hat. Soll unter ihnen Kompensation stattfinden, so wird jeder von ihnen die zu kompensierende Summe aus der für die Ausgaben bestimmte Kasse herausnehmen und in die für die Einnahmen bestimmte Kasse hineinlegen, mithin wirklich sich selbst zahlen müssen.

So ansprechend auch dieses Bild ist, vom rechtlichen Standpunkte aus ist jedenfalls die Scheidung eines Vermögens in zwei Kassen eine bedeutungslose Handlung. Eine solche Selbstzahlung, mag sie selbst mit Wissen und Willen eines Dritten vor sich gehen, ist juristisch eine vollkommen indifferente Manipulation.

Die Idee der Selbstzahlung findet indes anscheinend eine kräftige Stütze in den Quellen. Vor allem ist es die l. 31 § 1 D. de hered. pet. 5, 3 und die l. 95 § 8 D. de solut. 46, 3, welche zu ihrer Rechtfertigung herangezogen werden, und in welchen die Forderungstilgung

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 359.
[2]) Fuhr a. a. O. S. 115.
[3]) Donellus, Comment. de jure civili lib. 16, cap. 15 de comp.
[4]) Hartter in Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß Bd. 19 S. 183.
[5]) Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 723 f.

durch Anrechnung auf Objekte der Erbschaftsmasse erfolgt, die im Besitze des Kompensanten sich befinden. Eine kurze Erörterung dieser Stellen erscheint daher zweckmäßig.

In der erstgenannten Gesetzesstelle ist dem mit der hereditatis petitio belangten praedo die Befugnis versagt, sich durch eigenmächtige Besitzergreifung der Erbschaft Tilgung seiner Forderungen zu verschaffen (si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit). Es mag dieses als Strafe der widerrechtlichen Aneignung hingenommen werden. Nur wenn es sich um besonders geartete Forderungen, z. B. mit der Poenalklage verfolgbare Ansprüche handelt, soll diese widerrechtliche Besitzergreifung als eine Tilgung von Forderungen angesehen werden. In diesem Falle soll gesagt werden: ipsum sibi solvisse. (Quid tamen, si expediebat petitori id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? Potest dici ipsum sibi solvisse.)

In der l. 95 § 8 D. 46, 3 behandelt Papinian den Fall, ob die Bürgen des Schuldners dadurch befreit werden, daß der Gläubiger die Erbschaft des Schuldners in Besitz gehabt habe. Der Jurist verneint die Frage. Die Selbstzahlung des Gläubigers, der in den Erbschaftsbesitz gesetzt wurde, ist ein Recht desselben, zu dessen Ausübung die Bürgen ihn nicht zwingen können. Erst dadurch, daß sich der Gläubiger wirklich bezahlt macht, werden die Bürgen liberiert.

Aus diesen beiden Quellenzeugnissen sowohl wie auch insbesondere aus der l. 9 § 5 D. de adm. tut. 26, 7, inhaltsderen der Vormund das Recht hatte, sich die Forderungen, die ihm dem Mündel gegenüber zustanden, sich selbst einzuzahlen, geht zur Evidenz hervor, daß die Idee der Selbstzahlung den Römern wohl bekannt war. Es ist aber nicht zu verkennen, daß diese Selbstzahlung auf ganz spezielle Fälle zugeschnitten war und auf der Erwägung beruhte, daß der sich Selbstzahlende in gewissem Sinne eine Vermögensverwaltung für seinen Gläubiger und Schuldner führe, und daß, wenn der Gläubiger als Verwalter an sich selbst zahle, der Vorgang so gedacht werde, daß die Zahlung aus dem dem Schuldner gehörigen Gelde, aus der Substanz des schuldnerischen Vermögens entnommen werde.[1]) Nur durch das Zusammentreffen dieser beiden Momente wird jene Konstruktion rechtlich motivierbar. Und sie muß vollends da folgerichtig versagen, wo sich zwei Obligationsberechtigte gegenüberstehen. Denn jetzt kann nicht mehr gesagt werden, der eine habe Vermögensstücke des andern im Besitze. Jene speziellen Tatbestände sind demnach zur Verallgemeinerung des in ihnen ausgesprochenen Prinzips auf die Kompensation nicht geeignet. Es kann niemand, so hebt Kretschmar[2]) hervor, mit dem, was er schon im Eigentume hat, sich selbst wirklich bezahlt machen.[3]) Deswegen sagten auch die Römer nie von dem wirklichen Erben, sondern von dem Nichterben, speziell vom praedo: ipsum sibi solvisse.

Fuhr führt die Selbstzahlung des praedo in der fraglichen Stelle auf die Verpflichtung sich selbst bezahlt zu machen zurück; diese habe er durch die widerrechtliche Besitzergreifung übernommen. Er sei gewissermaßen negotiorum gestor geworden und hafte demgemäß für omnis culpa. Wenn er jene diligentia nicht beobachte, könne er aus dem Umstande daher keine Rechte gegen den klagenden heres herleiten.[4])

Der Vergleich der compensatio und solutio mit der brevi manu traditio und der wirklichen traditio, welchen Donellus in die juristische Wissenschaft eingeführt, ist ein sehr naheliegender und hat in der Tat etwas Bestechendes. Der reale Übertragungsakt, das Wesensmerkmal der traditio und solutio, ist nicht erfolgt: aber durch Fiktion wird seine Existenz aufrechterhalten. Wie weiterhin bei der brevi manu traditio das Eigentum der

---

[1]) Daraufhin deutet der Ausdruck: si modo fuit pecunia, unde solvat (l. 9 § 5 D. 96. 7).

[2]) Kretschmar a. a. O. S. 46.

[3]) vgl. z. B. l. 8 § 5 D. 17, 1: cum ei suos numeros emtor dederit.

[4]) Fuhr, Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 146; vgl. Dernburg a. a. O. S. 359.

schon im Besitze befindlichen Sachen durch einfache Einigung übergeht, so wird hier der Eigentumserwerb an dem fingiert übertragenen Gegenstande zwecks Zahlung darauf zurückgeführt, daß das Objekt der Forderung mit Wissen und Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers zurückbleibt. Dernburg hat freilich diese Analogie heftig angegriffen. Bei der Kompensation, so deduziert er, unterbleibe nicht nur die äußere Übertragungshandlung, es trete vor allem auch der geschuldete Gegenstand nicht in das Eigentum des Empfängers. An diese Art der Zahlung könne aber insbesondere deswegen nicht gedacht werden, weil sogar Kompensation da nicht ausgeschlossen sei, wo „das materielle Substrat der Zahlung" fehle, also selbst im Falle völliger Mittellosigkeit des Schuldners. Dernburg legt hier seinen Erörterungen eine wirkliche Zahlung zugrunde und verkennt vollends den Inhalt der Doppelfiktion, wie er in der Definition von Donellus zum Ausdruck kommt.[1])

Das charakteristische Merkmal all dieser Konstruktionsversuche ist die Einseitigkeit des Kompensationsvollzuges. Aus dem Grunde hat insbesondere Fuhr die Selbstzahlungsidee zurückgewiesen, der unter anderem die Frage aufwirft: „Wie soll der Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, seine Forderung mit dem Betrage seiner Schuld decken können, wenn nicht zugleich die seines Gegners gedeckt wird."[2]) Und Eisele, der in aller Schärfe sich gegen Dernburg wendet — letzterer nimmt von vornherein den falschen Standpunkt ein, der eine der Gläubiger empfange bloß Zahlung, ohne seinerseits solche zu leisten —, erklärt, da unzweifelhaft sei, daß Kompensation niemals nur die eine, sondern begriffsnotwendig daher ausnahmslos beide Forderungen aufhebe, so verstehe es sich von selbst, daß man, um richtig zu vergleichen, auch Effektivzahlung beider Forderungen supponieren müsse.[3])

§ 17.

Die Kompensation ist eine Doppelzahlung, deren Objekt entweder das Objekt der Forderung oder die Forderung, d. h. das Forderungsrecht selbst ist.

Die doppelte Funktion der Kompensation spricht schon der dem Sitze der Materie vorangestellte Fundamentalsatz aus: „compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Zur Enträtselung der den gleichzeitigen Untergang beider Forderungen rechtfertigenden inneren Vorgänge muß der Zahlungsgedanke hilfreiche Hand leisten. Es mag hier zunächst passend die Auffassung Krugs gestreift werden, der nicht für alle Fälle durch Kompensation den doppelten Forderungsuntergang eintreten lassen will. Obwohl er die Möglichkeit zugibt, die Kompensation als „eine fingierte Bezahlung zweier Gegenforderungen durcheinander" aufzufassen, leugnet er trotzdem in diesem Falle den Untergang beider Forderungen. Er führt zur Begründung seines Standpunktes aus, es werde sowohl „in praxi wie auch in den Rechtsquellen die Fiktion der Bezahlung immer bestimmt auf eine der beiden Gegenforderungen bezogen". Krug verkennt in dieser etwas orakelhaft klingenden These vollkommen das Wesen der doppelten Fiktion. Es ist geradezu unverständlich, wie er an der ficta solutio festhält, dieser Zahlung aber nicht die Wirkungen einer solchen zuerkennt! Wenn er sich zur Rechtfertigung seiner Lehre auf die oben erörterten Quellenzeugnisse beruft,[4]) so geht er auch hier fehl, indem er das dort ausgesprochene Prinzip irrtümlich zur Regel erhebt. Übrigens scheint Krug selbst an seiner Lehre zu zweifeln, denn an einer anderen Stelle meint er:[5]) „Auch abgesehen von der Fiktion der Zahlung, an welche bei der Kompensation von den Parteien wohl selten gedacht wird, läßt sie sich als eine gegenseitige Verzichtleistung betrachten."

Die Doppelseitigkeit der Kompensation tritt denn auch in den Erklärungsversuchen

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 360.
[2]) Fuhr a. a. O. S. 146, 149 ff., 115 ff.
[3]) l. 1 D. h. t.
[4]) s. oben S. 111 f.
[5]) a. a. O. S. 7, 9, 26.

einer Reihe Schriftsteller deutlich hervor. Es sind dieses jene Interpreten, welche, den wirtschaftlichen Zustand im Zeitpunkte der Kompensation ins Auge fassend, von der Vorstellung ausgehen, jeder der Beteiligten könne für seine Forderung die Objekte seiner Schuld als Zahlungsmittel verwenden. Sie supponieren für jede Forderung Zahlung, und zwar nehmen sie teils eine wirkliche, teils eine fingierte Doppelzahlung an, und je nach der verschiedenen ipso jure-Auffassung charakterisieren sie diese als eine Zahlung von Rechts wegen oder als eine auf einen Willensentschluß des Schuldners zurückgeführte Zahlung.

In diesem Sinne definiert schon Noodt:

„Compensatio est mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta.[1])

Ebenso Köchling:

„Die gegenseitigen Forderungen erlöschen durch Anrechnung als durch Zahlung von Rechts wegen.[2])

Bei Sintenis tritt der Zahlungscharakter mustergültig hervor. Er lehrt:

„Die Kompensation erscheint als eine Bezahlung der beiderseitigen Forderungen durcheinander mittelst Behaltens des gegenseitig Geschuldeten.“[3])

In all diesen Wesensbestimmungen bildete den Leistungsgegenstand, der zur Befriedigung des Gläubigers führte, das Objekt der Forderungen. Die Erkenntnis nun, daß es bei der Wesensbestimmung der Kompensation in den vorbesprochenen Erklärungsversuchen an einem wirklichen Übertragungsakte ermangele, mag einige Schriftsteller dazu geführt haben, nicht in den Objekten der Forderung, sondern in den Forderungen selbst, d. h. den Forderungsrechten den Leistungsgegenstand zu erblicken. Dieser erscheint somit als ein Gebilde, das völlig im Gebiete der Abstraktion liegt. Daß diese Vorstellung zu bedenklichen Konsequenzen führen mußte, liegt auf der Hand. Es mögen zunächst einige Vertreter dieser Auffassung gehört werden, bevor sie einer Kritik unterzogen wird. In dem gedachten Sinne repräsentiert Stölzel sein Dogma:

„Die Aufrechnung ist eine Zahlung mit einer Forderung, die der Gegner als Zahlung annehmen muß, weil er selbst der Schuldner der Forderung ist, eine Zahlung mit des Gegners eigenem Gelde.“[4])

Ferner Förster:

„Es kann sich der Gläubiger einer Forderung dadurch für befriedigt erklären, daß er eine entsprechende Leistung, die er seinem Schuldner schuldet, zu seiner Befriedigung verwendet. Hier wird die Forderung mit der Schuld aufgerechnet. Forderung wird durch Forderung getilgt.“[5])

Auch Kohler:

„Der Schuldner kann sagen: Die Gegenforderung, die ich gegen dich habe, mußt du mir gestatten, als einen an mich gezahlten baren Geldbetrag zu behandeln, den ich dir zur Zahlung zuweise“,

und an einer anderen Stelle sagt er:

„Die richtige Lösung des Kompensationsgedankens ist: Der Gläubiger, sofern er Schuldner der Gegenforderung ist, darf sich nicht weigern, diese Gegenforderung, die er selbst schuldet, als bares Geld anzunehmen, so daß er sie ebenso in Zahlung nehmen muß, wie wenn ihm bares Geld gegeben wurde; und darum kann ihm der Schuldner die Gegenforderung in Zahlung geben.[6])

---

[1]) Noodt, Comm. ad Dig. de comp. Opera Tom. II p. 283.
[2]) Köchling im Neuen Archiv für preußisches Recht Jahrg. 10 Heft 1 S. 153.
[3]) Sintenis a. a. O. S. 419.
[4]) Stölzel a. a. O. S. 3.
[5]) Förster, Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 584.
[6]) Kohler a. a. O. S. 20.

Auch das preußische Obertribunal drückte denselben Gedanken dahin aus:

> „Was bei der Zahlung durch Geld bewirkt wird, geschieht bei der Kompensation durch eine Forderung; denn die Kompensation ist ihrem Wesen nach nichts weiter als die fingierte Bezahlung zweier Forderungen durcheinander.“[1])

Diese Erklärungsversuche sind äußerst bedenklicher Natur. Soll die Forderung selbst den Leistungsgegenstand bilden, so muß sie, um Inhalt eines wirklichen oder fingierten Übertragungsaktes sein zu können, eine greifbare Gestalt annehmen, gleichsam als ein verkörpertes Vermögensstück in die Erscheinung treten. Und der Zahlungsvorgang wäre dann in etwa so zu denken, wie wenn ein Schriftstück als verkörperter Forderungsträger übergeben wird. Was berechtigt uns aber, eine solche Verkörperung anzunehmen? Die römischen Rechtsquellen bieten uns keinerlei Anhaltspunkte nach dieser Seite hin. Demnach erscheint die Verkörperungsidee als unrömisch und muß als solche zurückgewiesen werden. Soll aber trotzdem die Forderung der zwecks Befriedigung des Gläubigers in Zahlung zu gebende Leistungsgegenstand bleiben, so muß, da andernfalls der eigene Zahlungsgedanke gefährdet erscheint, die solutio sich gleichzeitig als Übertragungsmodus einer Forderung charakterisieren. Eine solche Annahme kann aber aus dem Grunde nicht Platz greifen, weil die Römer zur Herbeiführung dieses Erfolges ein besonders ausgebildetes Rechtsinstitut, die cessio und ursprünglich die delegatio besaßen. Das merum jus compensationis des römischen Rechts ist aber unmöglich aus einer solchen schwerfälligen und verwickelten Komplikation hervorgegangen, zumal das römische Recht zu der Zeit, wo die Kompensation zuerst ihre rechtliche Anerkennung fand, doch noch mehr oder weniger „in den Kinderschuhen steckte“. Die Heranziehung der cessio für die Kompensationshandlung muß schon aus dem Grunde als untunlich erscheinen, weil dieses Rechtsgebilde erst ein Erzeugnis der fortgeschritteneren Entwicklungsperiode ist. Danach bliebe die Anwendung des Zahlungsgedankens auf den Fall beschränkt, wo das Objekt der Forderung als Leistungsgegenstand figuriert.

Das Ergebnis, zu dem uns die in Rede stehenden Konstruktionsversuche hinführen, ist demnach folgendes: Es werfen jene Schriftsteller zwei völlig verschiedene Begriffe durcheinander, nämlich: Forderung, ein auf dem Gebiete der reinsten Abstraktion liegendes Gebilde, und Objekt der Forderung, ein Gegenstand von greifbarer, konkreter Gestalt. Die Befriedigung führt in dem einen Falle die Forderung selbst herbei, die an Stelle der Zahlung hingegeben wird, und in dem anderen Falle das Objekt der Forderung, so daß die in der Kompensation liegende solutio zwei verschiedene Befriedigungsmodi enthält. Wir können aber unmöglich eine solche Verquickung von Auffassungsmöglichkeiten in dem Begriffe der solutio annehmen. Soll die solutio eine Befriedigung im allgemeinen bedeuten, dann erscheint die Zahlungsidee gefährdet. Um diese aber zu retten, sind wir genötigt, die solutio auf den engen Begriff: Befriedigung durch eigentliche Zahlung, zu beschränken.

§ 18.

Die Kompensation als Befriedigung im weiteren Sinne.

In der Wissenschaft macht sich nun eine Richtung geltend, die die in dem Kompensationshergange sich vollziehende Zahlung als eine Befriedigung im weitesten Sinne auffaßt. Diese Befriedigung wird nach der Auffassung dieser Schriftsteller durch das Objekt der Forderung herbeigeführt, das sich schon im Besitze des Gläubiger-Schuldners befindet, so daß von einem Übertragungsakte nicht die Rede ist. Den diese Art der Befriedigung in sich schließenden Zahlungshergang denken sie sich in der mannigfachsten Weise. Während einige Schriftsteller sich damit begnügen, zu konstatieren, daß eine besondere „Art der Befriedigung“ sich in der Kompensation vollziehe, versuchen andere ein anschauliches Bild von dem in Rede stehenden Zahlungshergange zu geben. So lehrt z. B. Fuhr:

---

[1]) Bd. 54 S. 126.

„Die Kompensation muß so betrachtet werden, als mache der Schuldner den Gläubiger durch Aufgeben seiner Forderung bezahlt",

und an einer anderen Stelle sagt er:

„Der Schuldner kann seine Gegenforderung, wenn er es für gut findet, als Zahlung an den Gläubiger aufgeben."[1])

Und Goldschmidt gibt derselben Vorstellung Ausdruck, indem er lehrt:

„Der Schuldner erklärt durch die Kompensation: Dein vollkräftiges Recht will ich nicht durch Barzahlung zur Erledigung bringen, sondern durch Preisgabe eines mir gegen dich zustehenden gleich wirksamen Rechtes."[2])

Im ähnlichen Sinne lehrt Schulze:

„Die Kompensation bedeutet im eigentlichen Sinne Aufhebung eines Forderungsrechtes durch eine Gegenforderung des Schuldners an den Gläubiger, so daß letzterer anstatt zu erhalten, was er zu fordern hat, von einer entsprechenden Schuld befreit wird."[3])

Und Windscheid schließlich sagt:

„Das Urteil nötigt den Gläubiger, vom Schuldner statt der Leistung des Geschuldeten eine Befreiung anzunehmen."[4])

Abgesehen von der Einseitigkeit dieser Konstruktionsversuche erscheint in den beiden letztgenannten Definitionen als Leistungsgegenstand wiederum ein ganz abstrakter Begriff: die Befreiung des Schuldners. Wie oben die Forderung, so muß hier die Befreiung eine verkörperte Gestalt annehmen, wenn der Zahlungsgedanke das Feld behaupten soll. Diese Vorstellung ist es zweifelsohne, die Windscheid dazu führte, die Kompensation auch mit gleichartigen Forderungen unter den Gesichtspunkt der datio in solutum zu bringen. „Das Urteil, so sagt er, „vollzieht eine dem Gläubiger aufgedrängte datio in solutum." Diese Auffassung Windscheids muß um so auffallender erscheinen, als er auf der andern Seite eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers konstatiert. Der Begriff der datio in solutum muß aber aus dem Wesensgebäude der Kompensation verbannt werden. Das gebietet schon der elementare Grundsatz des römischen Rechts: aliud pro alio invito creditore solvi non potest.

Eisele[5]) gelangt in der Bekämpfung der in Rede stehenden Auffassung, „die nur die eine Hälfte des Kompensationsgeschäftes ins Auge fasse", zu einer Begriffsbestimmung, die in gleicher Weise äußerst bedenklich erscheinen dürfte. Er geht davon aus: Der kompensierende B bietet dem A nicht bloß Liberation statt Zahlung an, sondern er erbietet sich vor allem selbst, statt Zahlung seinerseits Liberation anzunehmen. Erst dadurch wird jener Effekt erzielt. Er gelangt schließlich zu dem Resultate, daß in dem Kompensationsvollzuge sich ein gegenseitiger Erlaß vollziehe, dem begrifflich die causa solvendi wesentlich sei. Darum seien auch die beiden Erlaßverträge nicht bloß äußerlich kombiniert, sondern auch innerlich zu einem synallagmatischen Vertrag verbunden.

Gegen diese Lösung machen sich indes schwerwiegende Bedenken geltend. Schon die Tatsache, daß die Römer überall da, wo sie eine Schuld erlassen wollten, sich des besonderen Rechtsinstituts des pactum de non petendo bedienten, spricht dafür, daß der in Rede stehende Gedanke dem inneren Wesen der Kompensation fernliegen muß. Zum mindesten aber müßte diese als ein überflüssiges Beiwerk erscheinen, wenn die Parteien in dieser nur einen Erlaß der wechselseitigen Forderungen vornehmen wollten.

Bei der fraglichen Auffassung nimmt jedoch der Leistungsgegenstand eine etwas greifbarere Gestalt an, wenn wir die l. 11 pr. D. de acceptilat. 46, 4 näher ins Auge fassen.

---

[1]) Fuhr a. a. O. S. 115 und 149.
[2]) Goldschmidt a. a. O. S. 139.
[3]) Schulze, Kompensation, in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1 S. 213.
[4]) Windscheid Bd. 2 §§ 348, 349 Anm. 14.
[5]) Eisele a. a. O. S. 231.

In diesem Fragment ist der römische Grundsatz ausgesprochen: Jede Befreiung von einer Schuld bedeutet eine Vermögensvermehrung und daher einen vermögensrechtlichen Erwerb nach Höhe des Betrages der Schuld,[1]) mag der Schuldner solvent oder insolvent sein. In dem Sinne äußert sich auch Kretschmar, wenn er sagt, daß in letzter Linie der Erwerb es ist, welcher in der Befreiung von der eigenen Schuld liegt, wodurch die satisfaktorische Aufhebung der gegenseitigen Forderungen vermittelt wird.[2]) Ubbelohde vertritt denselben Standpunkt. Er äußert sich folgendermaßen:

„Man hat in der Kompensation einen Akt, der beiden Teilen insofern wirkliche Befriedigung für ihre Forderungen verschafft, als beide dadurch von ihren gegenseitigen Verbindlichkeiten befreit werden. Denn wer von einer Schuld befreit wird, dessen Vermögen gilt als um den Betrag dieser Schuld vermehrt."[3])

Eine Befriedigung im weiteren Sinne nehmen schließlich auch jene Schriftsteller an, die lehren, in der Kompensation werde eine Bestätigung des in Wirklichkeit vorhandenen wirtschaftlichen Wertausgleichs vorgenommen, der wirtschaftliche Zustand werde zum Rechtszustande erhoben. Nach dieser Auffassung tritt eine wirkliche Befriedigung ein, und zwar durch das Objekt der Forderung, ohne daß eine wirkliche Zahlung erfolgt ist, was einige Schriftsteller dazu führte, in dieser Befriedigung eine „uneigentliche Zahlung" zu erblicken. In diesem Sinne lehrt v. Scheurl:

„Es knüpft sich von selbst an die Entstehung der Gegenforderung das Recht des zum Gläubiger seines Gläubigers gewordenen Schuldners, geltend zu machen, er sei von nun an seinem Schuldner um so viel weniger schuldig, als dieser ihm jetzt schulde. Der Schuldner, der zugleich Gläubiger ist, übt, indem er Kompensation vorschützt, gewissermaßen eine soluti retentio aus, d. h. er behält die Objekte seiner Forderung zurück.

Kompensation ist danach Aufhebung einer Forderung mit wirklicher Befriedigung des Gläubigers, aber ohne wirkliche Zahlung. Jedoch liegt in dieser Befriedigung eine uneigentliche Zahlung."[4])

Ein Anhänger dieser Richtung ist auch v. Hertzberg, welcher lehrt:

„Kompensation bedeutet Verwandlung eines wirtschaftlichen Zustandes in einen rechtlichen durch die Willenserklärung eines Gläubigers an seinen Schuldner und Gegengläubiger, daß er — der erklärende Gläubiger — seine Schuld mit seiner Forderung begleiche, d. h. sich mit seinem und den Gegengläubiger mit dessen eigenem geschuldeten Gelde bezw. gleichartigen Leistungsgegenstand befriedige."[5])

Bedeutet Kompensation aber weiter nichts als die Erhebung eines wirtschaftlichen Zustandes zu einem Rechtsstande, als die Konstatierung eines schon bestehenden wirtschaftlichen Wertausgleichs, so muß der Gedanke der Befriedigung mehr oder weniger problematisch werden. Daran ändert auch nichts, daß das Objekt der Forderung mit Wissen und Willen des Gegners in seinem Besitze verbleibt. Wir sind außerdem auch nicht ohne weiteres berechtigt, den wirtschaftlichen Zustand zum Rechtszustande zu erheben. Für das römische Recht ist es zweifelsohne verfehlt, den Ausgleichungsgedanken als Wesenskern des Instituts hinzustellen. Es widerspricht dieses dem römischen Konservatismus, der an alten Traditionen festhaltend das sich erst bildende Institut mit den Grundsätzen des bisherigen widersprechenden

---

[1]) Species adquirendi est liberare dominum obligatione. Ebenso die l. 10 fin. D. de cond. 12, 4: Nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenit; cf. auch l. 82 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

[2]) Kretschmar a. a. O. S. 16 und 42.

[3]) Ubbelohde a. a. O. S. 206.

[4]) v. Scheurl a. a. O.

[5]) v. Hertzberg a. a. O. S. 9.

Rechts in Einklang zu bringen suchte. Es muß daher, was das römische Recht angeht, notwendig an der Idee der Zahlung festgehalten werden.

§ 19.

Die in der Kompensation sich vollziehende Doppelzahlung ist eine Zahlung Zug um Zug.

Ein Blick auf die zahlreichen Konstruktionsversuche beweist, daß die Lösung des Problems ein weit schwierigeres ist, als angesichts der Einfachheit des Kompensationsvollzuges erwartet werden könnte. Fürwahr, die Behauptung, die Enträtselung des inneren juristischen Wesens der Kompensation bedeute einen „Versuch an einem untauglichen Objekte", ist nicht zu kühn.[1]) Dieser Wirrwarr von Meinungen hätte nicht entstehen können, wenn man von vornherein dem Zahlungsgedanken die gebührende Würdigung geschenkt hätte. Wäre man dem Winke der Quellen gefolgt, so hätte man bald die Überzeugung von der Unhaltbarkeit jener autoritativen Rückwirkungstheorien gewinnen müssen. Man hätte sehen müssen, daß die Kompensationswirkungen, soweit sie Zahlungswirkungen sind, zeitlich mit dem Kompensationsvollzuge zusammenfallen müssen, und eine Trennung der Zahlungswirkungen von dem Zahlungsvollzuge nach den einfachsten Grundsätzen der Logik nicht angängig sei. Denn die Zahlung vermag, wie Goldschmidt mit Recht behauptet, stets erst von dem Momente ihrer Vornahme, nicht aber von dem Momente zu wirken, in dem der Zahlungspflichtige etwa das zur Zahlung erforderliche Geld verschafft hat.[2])

Daß bei jenen Theorien die Idee der Zahlung eine klägliche Rolle spielen muß, liegt auf der Hand. Zahlung und Rückwirkung sind eben zwei Begriffe, die nur gewaltsam vereinigt werden können, wie es denn auch bei den Anhängern jener Theorie geschehen ist, die in dem Bestreben, die Zahlungsidee mit dem ipso jure in Einklang zu bringen, zu dem Resultate kamen, in der Kompensation vollziehe sich eine fingierte wechselseitige Zahlung der Schuld durch die Objekte der Forderung.

Anscheinend bot freilich das Recht selbst, vor allem die oben besprochene l. 3 D. h. t. die beste Stütze für diese Lehre. Es wird jedoch, wie bereits oben dargetan, zu Unrecht das in diesem Quellenzeugnisse anerkannte Prinzip auf die Zahlungsidee der Kompensation verallgemeinert.

Da nun der Zahlungsgedanke zweifelsohne den inneren Kern des Instituts bildet, so liegt die Annahme, daß in dem Kompensationsakte eine wechselseitige Zahlung vollzogen werde, nahe. Es fragt sich nur, wie dieser Zahlungshergang zu denken ist.

Es sind zwei Möglichkeiten vorhanden.

Entweder erfolgt die in Rede stehende Zahlung gleichzeitig, d. h. Zug um Zug, oder aber in der Weise, daß die Zahlungspflicht der einen Seite erst dann entspringt, wenn der andere Teil vorgeleistet hat.

Wir wollen die letzte Möglichkeit zunächst näher ins Auge fassen. Ein Anhänger dieser Theorie scheint Kohler zu sein, wenn er meint: „Der Schuldner kann sagen: Die Gegenforderung, die ich gegen dich habe, muß du mir gestatten als einen an mich bezahlten baren Geldbetrag zu behandeln, den ich dir zur Zahlung zuweise."[3])

Kohler scheint in dieser Definition einen Anwendungsfall der l. 15 D. 50, 17 zu konstruieren, die den römischen Grundsatz ausspricht, daß der Gläubiger, der gegen den Schuldner einen Anspruch auf Leistung eines Gegenstandes hat, vom Rechte so angesehen werde, als ob er diesen Gegenstand bereits als in seinem Vermögen befindlich besitze, wie

---

[1]) Hartlaub, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation S. 3.

[2]) Goldschmidt a. a. O. S. 140.

[3]) Kohler a. a. O. S. 11.

wenn er schon realiter geleistet wäre.[1]) Kohler bringt in seine Begriffsbestimmung dadurch ein Moment, was gerade der juristischen Rechtfertigung bedarf. Sie setzt voraus, daß der klagende Gläubiger seinerseits die ihm obliegende Leistung bewirkt hat. Aus welchem Grunde sollte der eine der beiden Gläubiger-Schuldner zur Vorleistung verpflichtet sein, bringt doch diese Vorleistung nicht selten eine große Gefahr für ihn mit sich, zumal wenn sein Gegengläubiger und Schuldner insolvent ist? Man kann ihm doch unmöglich zumuten, die Deckung, welche er für seine Forderung bereits in Händen hat, preiszugeben und sich so möglicherweise des letzten Druckmittels gegen seinen Schuldner zu entledigen, und sich mit dem Versprechen einer unsicheren Erfüllung desselben abspeisen zu lassen, um bei der späteren Zahlungsunfähigkeit seines Gegners endgültig mit seiner Forderung auszufallen. Eine solche Zumutung würde ja allen Grundsätzen der Billigkeit, der doch das Institut sein rechtliches Dasein verdankt, direkt Hohn sprechen.

Aus Gesagtem folgt, daß nur eine Lösung befriedigen kann, es ist diejenige, die Treu und Glauben im Verkehrsleben entspricht und den Interessen beider Parteien gerecht wird: Es ist die gleichzeitige Erledigung beider Forderungen, die Leistung Zug um Zug.

§ 20.

Der Beweis dafür, daß sich in der Kompensation ein gegenseitiger Leistungsaustausch vollzieht.

Daß der Zahlungshergang in der Kompensation sich in Gestalt eines wirklichen Leistungsaustausches und nicht einer bloßen Bestätigung des bestehenden wirtschaftlichen Zustandes vollzieht, beweist zunächst indirekt die l. 15 D. de reb. cred. 12, 1. Hier wird der verwandte Fall eines dare obligandi causa behandelt, wo ebenfalls die Objekte einer schon bestehenden Obligation als Leistungsobjekte figurieren. Die bezogene Stelle hat folgenden Wortlaut:

> „Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum est, ut eum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas videatur mihi datur pecunia et a me ad te perfecta.“

Unterstellen wir hiernach folgenden Fall: A schuldet dem B aus einem Mandatsverhältnisse 100. B verpflichtet sich darauf durch ein pactum de mutuo dando, dem A ein Darlehen von 100 zu geben. A zahlt nun nicht etwa die geschuldeten 100 an B, und B gibt nicht etwa dem A 100 als Darlehen. Sie erreichen vielmehr denselben Erfolg viel einfacher, wenn A mit Zustimmung des B die 100 behält. Dieses ist der rein tatsächliche Vorgang. In der juristischen Vorstellung wird es aber so angesehen, als ob die Obligation aus dem Mandate durch Zahlung getilgt und die Darlehensobligation durch Hingabe begründet ist. Nur das Hin- und Herzahlen unterbleibt, so daß in Wirklichkeit zwei rechtliche Akte vorliegen, die aber aus praktischen Gründen eine Vereinfachung und Verkürzung erfahren haben. In dem Sinne sagt Unger: „Aufhebung und Begründung sind zwei juristisch getrennte Akte, welche nur zeitlich zusammenfallen und dadurch den Schein eines einheitlichen Rechtsaktes erzeugen.“[2]) Denken wir uns nun, B würde von A auf Zahlung der Darlehenssumme verklagt, und B würde sich mit Erfolg auf Kompensation berufen, so würden wir eine völlige Gleichstellung mit der Kompensationslage erhalten. In der juristischen Vorstellung würde sodann fingiert, daß A seinerseits seine Mandatsschuld und B gleichzeitig die ihm aus dem

---

[1]) l. 15 D. 50, 17 Paulus: is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

[2]) Unger, Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche R. der Gegenwart Bd. 15 S. 554.

pactum de mutuo dando geschuldete Darlehenssumme hingegeben hätte. Die Aufrechnung würde sich dann als das äußere Gewand präsentieren, in dessem Innern die gleichzeitige, wechselseitige Zahlung erfolgte.

Den besten Beweis aber für die Richtigkeit der hier vertretenen Wesensstruktur der Kompensation liefert die Legaldefinition von Modestin, der kurz und präzise sagt:

„Compensatio est debiti et crediti inter se contributio." [1])

Also eine contributio, einen gleichzeitigen Austausch von debitum und creditum, eine gleichzeitige Zuerteilung nimmt der Kompensant vor, indem er Aufrechnung geltend macht. Weil der klagende Gläubiger unbilligerweise von ihm Vorleistung verlangt, sich also selbst zur Zahlung nicht bereit zeigt, darum gibt das Recht jenem die Befugnis, ihn so anzusehen, als ob er zur Leistung bereit wäre und dann selbst in Form der imaginären Zahlung der Kompensation zu zahlen.

Man sollte kaum glauben, daß diese klare Legaldefinition Anlaß zu Zweifeln hätte geben können, und doch ist sie Gegenstand der lebhaftesten Meinungskämpfe geworden. So meint Eisele, Modestin habe an eine contributio crediti et crediti inter se gedacht, also an ein Vertragsverhältnis mit gleicher Rollenverteilung.[2]) Lippmann will diesen Grundsatz der Kompensation nur für die vertragsmäßige Kompensation gelten lassen.[3]) Andere wiederum, wie z. B. v. Hertzberg, meinen, Modestin habe nur den Kompensations*erfolg* in der Definition festlegen wollen.[4])

Sollte der sonst so scharfsinnige Jurist hier wirklich eine Definition aufgestellt haben, die in Wirklichkeit alles andere, nur nicht das ist, was sie sein sollte? Schon das Wort contributio hätte die Gegner eines Besseren belehren sollen. Dieses bedeutet wie alle Worte auf io einen auf menschliche Tätigkeit zurückgeführten Akt. Also der *Kompensations*hergang ist es, den Modestin definiert. Denn in diesem zeigt sich das eigentümliche, juristische Wesen des Instituts, das der Festlegung bedarf.

Die Auffassung, daß der Kompensationshergang als ein gleichzeitiger Leistungsaustausch zu denken ist, bestätigt auch die etymologische Bedeutung des Wortes compensatio, eine Ableitung, die Dernburg freilich als „einen eleganten Gemeinplatz" bezeichnet. Als nach dem Verschwinden der römischen Naturalwirtschaft an Stelle des ursprünglich beliebten Tauschmittels, des Viehes (pecus) das Erz bezw. die Edelmetalle traten — vor Einführung des geprägten Geldes (pecunia) —, pflegten die Römer ihre schuldigen Zahlungen in der Weise vorzunehmen, daß sie auf dem Marktplatze ihrem Gläubiger ein Stück Metall von der geschuldeten Quantität zuwogen und diesem aushändigten, ein formeller Akt, den die Römer mit pensare treffend bezeichneten. In dem Worte compensare ist ausgedrückt, daß *zwei* Personen *gemeinschaftlich* diesen Akt vornahmen und sich gegenseitig durch Austausch der gewonnenen Erzstücke bezahlt machten. Compensatio bedeutet somit wörtlich: Gemeinschaftliche Zuwägung, gemeinschaftliche Zahlung. Es liegt die Annahme nahe, daß die Römer später an Stelle dieser formellen Manipulation eine einfache Rechenoperation treten ließen und nur in der juristischen Vorstellung annahmen, daß ein wirklicher Austausch der gegenseitig geschuldeten Leistungen stattgefunden. Auf diese Weise blieb auch das Prinzip der Unvermischbarkeit der Obligationen gewahrt. Wenn man daher die Hypothese aufstellen wollte, daß die ersten Anfänge des Rechtsinstituts in jene Zeit fallen, wo die Wage selbst noch auf dem Marktplatze figurierte, so können meines Erachtens schwerwiegende Bedenken gegen diese Auffassung kaum geltend gemacht werden, mußte doch die Zweckmäßigkeit der Kompensation gerade da evident hervortreten, wo zwei Personen zwecks Erfüllung ihrer gegenseitigen Verpflichtungen sich Gegenstände ejusdem generis zuwogen und aushändigten.

---

[1]) l. 1 D. h. t.
[2]) Eisele a. a. O. S. 213.
[3]) Lippmann a. a. O. S. 236.
[4]) v. Hertzberg a. a. O. S. 5.

Aus diesem Grunde kann ich auch der Auffassung Dernburgs nicht beipflichten, der meint, die Rechtssprache bediene sich hier nur eines im gewöhnlichen Leben häufig vorkommenden Bildes.[1] Dernburgs Vergleich mag zutreffen, wenn die Gewichte bereits in der Wagschale liegen, aber wie kommen sie dort hin? Doch nur durch die Handlung eines Menschen.

Ist es eine gleichzeitige, eine Zahlung Zug um Zug, die in dem Innern der Rechte hinter dem äußeren Gewande des Aufrechnungsaktes sich vollzieht, so ist der Untergang der beiderseitigen Forderungsrechte nur eine natürliche Folgeerscheinung dieser zweifachen Zahlung. Daß diese Wirkung im Momente der Zahlung, d. h. in dem Momente der Kompensationserklärung eintreten muß, erscheint ebenso natürlich und jeder Begründung entbehren zu können.

Wie jede Zahlung, so kann auch die in dem Kompensationshergange sich vollziehende Zahlung von einer Reihe Nebenerscheinungen begleitet sein, die sich an den Eintritt der Hauptwirkung anknüpfen. In dieser Beziehung kommen die sogen. akzessorischen Rechte in Betracht, deren Begründung und Fortdauer von dem rechtlichen Bestande der zu sichernden Forderungsrechte abhängig ist und darum im Momente der Kompensationserklärung in Wegfall kommen.

Zu den Folgeerscheinungen der erklärten Kompensation ist auch die Sistierung des Zinsenlaufs, Ausschluß der mora mit ihren nachteiligen Folgen und die Zulassung der condictio indebiti zu zählen,[2] Erscheinungen, die bereits von dem Momente des invicem deberi auftreten, aber keineswegs als Zahlungswirkungen der in der Kompensation liegenden Zahlung aufgefaßt werden dürfen, wie mit wenigen Ausnahmen allgemein gelehrt wird. Diese Nebenerscheinungen rechtfertigt ein anderes Prinzip. Es erscheint geboten, auf die Verkehrtheit der gegnerischen Meinung,[3] die bereits an anderer Stelle gestreift wurde,[4] in Kürze einzugehen.

Die Stelle, auf welche sich die Gegner vor allem berufen, ist die l. 4 C. h. t. Dieses Quellenzeugnis beweist aber durchaus nicht das, was es beweisen soll. Die Stelle hat folgenden Inhalt:

> „Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur si modo petitio earum subsistit.“

Die ratio dieser ausdrücklichen Bestimmung liegt nicht fern. Jeder der beiden Gläubiger glaubt, für seine Forderung in Gestalt seiner Schuld die Deckung bereits in Händen zu haben und darum nicht mehr zahlen zu brauchen. Der schon bestehende wirtschaftliche Zustand bietet den Anschein (videri), als ob ipso jure compensationem factam esse et inde liberationem. Es ist schon im Augenblicke des invicem deberi ein zahlungsähnlicher Zustand (pro soluto) vorhanden, dagegen tritt die eigentliche Zahlung erst mit und durch die Kompensationserklärung ein. Diese Entscheidung bedeutet eine Ausnahmevorschrift und beruht auf einer Konstitution Severs, wie aus l. 11 D. h. t. hervorgeht.[5] Die Vermeidung der Unbilligkeit, welche den Schuldner der verzinslichen Forderung treffen würde, bildete das Leitmotiv zur Einführung dieser Bestimmung, dasselbe Prinzip, dem auch das Justitut der Kompensation seine rechtliche Anerkennung verdankt. So hebt das kaiserliche Reskript ausdrücklich in der l. 5 C. 4, 31 hervor: Aequitas compensationis

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 10.

[2]) l. 10 §§ 1, 11, 12 D. h. t.; l. 20 § 2 D. 40, 7; l. 12 C. h. t.; l. 30 D. 12, 6.

[3]) Windscheid a. a. O. § 349 S. 323 Anm. 5, 6 und 7; Leonhard a. a. O S. 117, 163 ff., 186 ff., 202 und die dort Zitierten.

[4]) s. oben S. 102.

[5]) Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

usurarum excludit computationem." Die l. 4 C. h. t. ist hiernach keineswegs geeignet, den Beweis dafür zu erbringen, daß das Aufhören des Zinsenlaufs sich als Zahlungswirkung charakterisiert und das Erlöschen der Forderungsrechte schon im Momente ihrer Koexistenz auf Grund einer Zahlung als eingetreten erachtet werden müsse.

Da nach diesen Ausführungen das innere juristische Wesen der Kompensation nicht mehr im Dunkel liegt, so verschwinden — wenigstens nach der theoretischen Seite hin — alle jene Unterschiede von Kompensation und Zahlung, die insbesondere Dernburg erschöpfend darzutun sich bemüht hat. Jetzt kommt uns zum Bewußtsein, daß dieser Schriftsteller zu Unrecht lehrt: „Zahlung und Kompensation sind verschieden in der Form der Handlung, durch welche die Tilgung hier und dort sich vollzieht, nicht weniger in dem juristischen Zustande, welcher durch beide Akte geschaffen wird, desgleichen selbst in dem praktischen Effekte für den Gläubiger, endlich in den Motiven, welche beiden Weisen der Tilgung zugrunde liegen". Daß nach der praktischen Seite immerhin einige kleine Differenzpunkte bestehen, muß freilich zugegeben werden. So hängt es beispielsweise von dem Willen des Schuldners ab, ob er kompensieren will oder nicht: erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere velit.[1]) Auf die Einrede der Kompensation kann im Voraus verzichtet werden. Der Verzicht auf die exceptio solutionis würde hingegen „als ein reiner Unsinn", um einen Ausdruck Krugs zu gebrauchen, völlig wirkungslos sein.[2])

§ 21.

Die irrige Anwendung der l. 8 D. 44, 4 auf die Kompensation.

Man hat vielfach angenommen, zur Enträtselung des eigentümlichen Wesens der Kompensation sei die Hinzuziehung „eines ethischen Moments" unentbehrlich, und ihre Existenzberechtigung aus dem Satze hergeleitet, daß es dolos sei, wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner eine Leistung fordere, die er ihm selbst verschulde. Das Bestehen auf Effektivleistung habe das Hin- und Herbewegen gleicher Schuldmassen zur Folge, diese solle durch Kompensation vermieden werden.

Der Quellensatz, auf den man sich beruft, ist die vielerörterte l. 8 D. de doli mali exceptione 44, 4: dolo facit, qui petit quod redditurus est. ein Satz, den Dernburg sogar „die Grundlage des Kompensationsrechts" nennt. Es ist aber ein schwerer Irrtum, in diesem Satze das rechtliche Leitmotiv zur Einführung der Kompensation zu erblicken. Freilich hat der Gedanke, daß man einem andern leisten muß, was man von ihm fordert, in anderen Instituten des römischen Rechts, so in dem Edikte: quod quisque in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur, Wurzel gefaßt. Es wird aber neuerdings gegen die Anwendung des fraglichen Satzes für die Kompensationslehre von Eisele,[3]) Ubbelohde[4]) und Kretschmar[5]) mit Recht energisch Front gemacht. Diese Schriftsteller sprechen ihm jede Beziehung zu der Kompensation ab und liefern den Beweis, daß dieser Grundsatz nur überall da Anwendung findet, „wo zwei Ansprüche derart kreuzen, daß die Leistung von der einen Seite den auf Rückgabe gerichteten Anspruch erst erzeugen würde", woraufhin schon die Konjugationsform hinweist. Es gibt auch im praktischen Leben, so meint Eisele, genug Komplikationen, in welchen ein Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, ohne den mindesten dolus und auch objektiv ohne Gefährdung seines Gläubigers wünschen muß, seine Forderung zu realisieren, in Bezug auf seine Schuld aber Ausstand zu erhalten, und wo ihm dieser auch gewährt wird.

---

[1]) l. 1 § 4 D. 27, 4.
[2]) Krug a. a. O. S. 78.
[3]) Eisele a. a. O. S. 230 f.
[4]) Ubbelohde a. a. O. S. 222.
[5]) Kretschmar a. a. O. S. 74; vgl auch Geib a. a. O. S. 60 ff.

Auch die Gegner dieser Auffassung müssen zugeben, daß der Satz von den römischen Juristen weder ausdrücklich noch stillschweigend in Bezug auf die Kompensation gebraucht wird. Ziehen sie aber aus dem Satze Folgerungen zur Rechtfertigung des Instituts, so müssen sie vor allem zunächst erst den Nachweis liefern, daß er überhaupt von der Kompensation handelt. Bildete er tatsächlich die Grundlage des Instituts, so kann nicht genug der Verwunderung darüber Ausdruck gegeben werden, daß die Römer ihm nicht seinen Platz in sede materiae angewiesen haben, was doch nahegelegen hätte.

Der in Rede stehende Satz setzt voraus, daß der klagende Gläubiger seinerseits bereit wäre, die ihm obliegende Leistung zu erfüllen. Durch die Klageerhebung zeigt er aber gerade den entgegengesetzten Willen, daß er nicht geneigt ist, zu leisten. Hierin und in nichts anderem, daß er nämlich von seinem Schuldner Vorleistung verlangt und diesen auf eine spätere Zeit vertrösten will, ist der dolus zu erblicken, dessen er sich schuldig macht. Es ist augenscheinlich nicht bloße Willkür, wenn die Quellen gerade an diesen Fall anknüpfen und nicht jenen Fall hervorheben, wo einer Zahlung verlangt und seinerseits zur Zahlung bereit ist. Wer aber sich bereit erklärt, zu zahlen, wird auch geneigt sein, zu kompensieren; wer aber nicht leisten will, obschon er schuldet, wird sich auch nicht zur Kompensation bereit finden. Gerade um die Unbilligkeit zu zeigen, die in dem Bestehen der Vorleistung liegen würde, sagt Pomponius: compensatio neccessaria est. Also nicht auf „ein ethisches Moment", sondern auf „ein nicht zu verwerfendes egoistisches Interesse" stellt Pomponius ab.

Dernburg setzt sich hier in einen bedenklichen Widerspruch zu seiner eigenen Lehre: Denn auch er deutet plötzlich die Zahlungsbereitwilligkeit des Gläubigers an, indem er sagt: „Keiner soll vom andern verlangen, was er nicht selbst zu leisten bereit ist; nur von diesem allgemeineren Standpunkte aus rechtfertigt sich die Verpflichtung, sich Kompensation gefallen zu lassen, denn die Operation des Abrechnens erreicht die Zwecke gleichartiger, beiderseitiger Befriedigung, einfach, bequemer und schneller, als dies wechselseitige Effektivzahlung vermöchte." Weiterhin ist geradezu unverständlich, wenn er bei Besprechung des fraglichen Satzes richtig erkennt, daß er „aus Veranlassung eines besonderen Verhältnisses hervorgegangen sei" und seine Anwendung richtig auf diejenigen Fälle statuiert, wo zwei Ansprüche in der Art kreuzen, daß die Leistung auf der einen Seite den auf Rückgabe gerichteten Anspruch erst erzeugen würde, und trotzdem ihn verallgemeinernd für die Kompensation aufrechterhält, wo doch der Gegenanspruch des Schuldners bereits von vornherein besteht und nicht etwa erst mit der Hingabe an den Gegner begründet wird.

Wenn nun tatsächlich die Vermeidung des Hin- und Hergebens das Leitmotiv für die Einführung des Instituts bildete, warum sollte dann gerade die empfangene Leistung, also ein idem zurückgegeben werden müssen, wo doch die beiderseitigen Ansprüche auf ein tantundem ejusdem generis gerichtet sind? Eine Erklärung hierfür vermag ich nicht zu finden. Würde die gegnerische Meinung das Richtige treffen, so wäre die Befreiung des Schuldners sogar in Frage gestellt, denn die l. 55 D. 46, 3 sagt ausdrücklich: „Qui sic solvit ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur ut reciperentur."

§ 22.

Würdigung des Resultates.

In der Kompensation des römischen Rechts finden nach den vorstehenden Erörterungen zwei sich gegenüberstehende Obligationen gleichzeitig ihre Erledigung durch Zahlung, wenn jene auf Zahlung einer Geldsumme, oder allgemein durch Erfüllung, wenn sie auf Leistung anderer Gegenstände gerichtet sind. Die Kompensationserklärung ist das äußere Gewand, in derem Inneren jene gleichzeitige Doppelzahlung bezw. jene gleichzeitige zweifache Erfüllung sich vollzieht. Die gleichzeitige Erledigung der Ansprüche verlangt das Prinzip der materiellen

Billigkeit, da die Verpflichtung zur Vorleistung des einen Teils notwendigerweise eine Unbilligkeit und Gefahr für den Vorleistenden bedeuten würde. Jeder der entgegenstehenden Gläubiger erlangt aber das, worauf der Inhalt seiner Obligation gerichtet ist, und nicht etwa ein aliud pro alio, wie zahlreiche Schriftsteller zu Unrecht angenommen haben. Die Kompensation ist kein Erfüllungssurrogat, sondern wirkliche Erfüllung der beiden Obligationen.

Fünfter Abschnitt.

Die Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 23.

Die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat.

Das neue Recht ist andere als die hier vorbezeichneten Bahnen gegangen. Der Zahlungsgedanke hat endgültig das Feld räumen müssen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist es nicht angängig, die Aufrechnung dem Begriff der Zahlung oder allgemein der Erfüllung zu unterstellen. Sie ist weder rechtlich noch wirtschaftlich Erfüllung eines Anspruchs.

Unter Erfüllung versteht das Bürgerliche Gesetzbuch die „Bewirkung der geschuldeten Leistung", d. h. effektive Leistung desjenigen Gegenstandes, der den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet. Bei der auf Zahlung einer Geldforderung gerichteten Summe besteht die Erfüllung in der Hingabe der bestimmten Summe. Wird eine bestimmte Quantität anderer vertretbarer Sachen oder eine Spezies geschuldet, so kann erst dann von Erfüllung die Rede sein, wenn die geschuldete Quantität oder die bestimmte Einzelsache aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige des Gläubigers tatsächlich überführt wird.

Bei der Aufrechnung dagegen ist von einer solchen tatsächlichen Überführung eines Gegenstandes von einem in das andere Vermögen nicht die Rede. Ja, es ist nicht einmal erforderlich, daß der Leistungsgegenstand sich überhaupt in dem schuldnerischen Vermögen befindet. Es wird durch Aufrechnung, so bemerkt Kohler in dieser Hinsicht sehr richtig, nicht nur das Hin- und Hergeben der Münzen, „sondern die Münzen selbst" erspart.[1]) Aus diesem Grunde kann insbesondere auch die Aufrechnung nicht als eine „abgekürzte Zahlung" aufgefaßt werden. Denn auch bei einer solchen Zahlung wird das wirkliche Vorhandensein eines Leistungsgegenstandes vorausgesetzt. Auch kommt im Gegensatze zu der Erfüllung bei der Aufrechnung der Wille des Gläubigers gar nicht in Frage. Bei jener wird die Leistung erst dann zur „Erfüllung", wenn der Gläubiger sie als den geschuldeten Leistungsgegenstand anerkennt und seine Annahme erklärt.[2]) Die Aufrechnung dagegen vollzieht sich ohne, ja gegen den Willen des Gläubigers. Dieser schroffe Gegensatz wird freilich gemildert, wenn man, wie dies neuerdings vielfach geschieht,[3]) der Erfüllung trotz der Mitwirkung des Gläubigers die Vertragsnatur abspricht und sie als einseitiges Rechtsgeschäft auffaßt, während er naturgemäß an Schärfe wieder zunehmen muß, wenn der Erfüllung niemals Rechtsgeschäftsqualität beigelegt wird.[4])

Auch wirtschaftlich kann die Aufrechnung nicht als Erfüllung gelten. Denn wirtschaftlich ist durchschnittlich der Gläubiger besser gestellt, der durch reale Erfüllung befriedigt

[1]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 17.

[2]) So auch Endemann a. a. O. § 141 S. 795; Matthiaß a. a. O. S. 416; Oertmann, Recht d. Schuldverhältnisse S. 97 Anm. 5; Planck S. 209 f.

[3]) Dernburg, BGB. II S. 281; Schollmeyer a. a. O. S. 275; Stammler a. a. O. S. 221 ff.

[4]) So Pfersche, Bereicherungsklagen S. 100; vgl. über diese Streitfrage Kretschmar, Die Erfüllung I S. 94 ff.

wird, gegenüber demjenigen, der sich Aufrechnung gefallen lassen muß. Besonders schwer muß dieses der Gläubiger empfinden, der auf den pünktlichen Eingang seiner Forderung vertraut hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dieser Erwägung auch Rechnung getragen, indem es im § 391 Abs. 2 den Schuldner einer an einem bestimmten Orte oder zu einer bestimmten Zeit zu bewirkenden Leistung zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er Aufrechnung erklärt. Auch dadurch, daß das Gesetz in verschiedenen Fällen die Aufrechnung gegen gewisse Forderungen verbietet, bringt es unzweideutig zum Ausdruck, daß Aufrechnung für den Passivgläubiger oft ungünstiger sein kann, als die Befriedigung durch wirkliche Erfüllung der geschuldeten Leistung. Für die Aufrechnung gegen den gewerblichen Arbeits- und Dienstlohn muß dies ohne weiteres zugegeben werden. Aus diesem Grunde kann ich auch Matthiaß nicht beipflichten, wenn er meint, daß der Aufrechnende die Gegenforderung „ähnlich" wie durch Zahlung zum Erlöschen bringe.[1]) Denn auch hier wird vorausgesetzt, daß der Aufrechnungsgegner, wenn auch nicht den geschuldeten Leistungsgegenstand, so doch immerhin etwas Reales erhält. Würde die Aufrechnung in dem Begriffe der „Erfüllung" aufgehen, so würde es u. E. auch unrichtig sein, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Aufrechnung als selbständigen Tilgungsmodus neben die Erfüllung stellt. Es hätte bei dieser Konstruktion die Regelung der Aufrechnung unter demselben Titel der Erfüllung erfolgen müssen.

Wir sind auch nicht berechtigt, den Zahlungs- bezw. Erfüllungsgedanken für die Aufrechnung durch Fiktion aufrechtzuerhalten. Für das römische Recht waren wir hierzu gezwungen, da die Quellen uns diese Direktive ausdrücklich vorschrieben. Weiterhin konnten wir für das römische Recht quellenmäßig nachweisen, daß die Römer bei der Kompensation einen wechselseitigen Leistungsaustausch annahmen. Für das Bürgerliche Gesetzbuch fehlen uns aber jegliche Anhaltspunkte dafür, daß in der juristischen Sinneswelt bei anderen Rechtsvorgängen da ein Geben und Nehmen fingiert wird, wo es sich um ein tatsächliches Behalten handelt. Auch der § 607 spricht nicht gegen unsere Meinung. Denn auch hier wird nicht in der juristischen Vorstellung angenommen, daß der Schuldner zunächst die geschuldete vertretbare Sache an den Gläubiger abgeführt und dieser hinwiederum dieselbe Quantität derselben Gattung zwecks Begründung einer Darlehensobligation zurückgegeben hätte. Vielmehr bedeutet die in Abs. 2 anerkannte Vereinbarung eine Fortsetzung des schon vorhandenen Schuldverhältnisses, das von jetzt ab nur auf eine neue, abstrakte Grundlage gestellt wird.[2])

Die Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, so sagt Unger mit Recht, keine Spezies der Zahlung,[3]) sie ist weder Selbstzahlung noch abgekürzte Zahlung.[4]) Sie ist ein Rechtsgebilde, das in sich selbst, nicht in anderen juristischen Kategorieen ihre Rechtfertigung findet. Sie ist nicht selbst Erfüllung, aber sie ist für jeden der Beteiligten ein Erfüllungsersatz mit satisfaktorischem Charakter.

§ 25.

Die Doppelseitigkeit der Aufrechnung.

Mit der Unterordnung der Aufrechnung unter den allgemeinen Begriff „Erfüllungsersatz" ist ihre rechtliche Konstruktion nicht erschöpft. Um diese festlegen zu können, müssen wir von folgenden Erwägungen ausgehen.

Die Aufrechnung führt zur Befriedigung des Gläubigers und gleichzeitig zur Befriedigung des Aufrechnenden. Sie enthält eine Tilgung der Forderung

---

[1]) Matthiaß a. a. O. S. 440.
[2]) vgl. Matthiaß a. a. O. S. 444.
[3]) So Stammler a. a. O. S. 242; v. Mayr a. a. O. S. 469.
[4]) Unger a. a. O.

des Aufrechnungsgegners und eine Durchsetzung der eigenen, der Aktivforderung in Gestalt einer Selbstbefriedigung. Diesen Gedanken sprechen auch die Motive aus, wenn sie sagen: „Der Aufrechnende, der von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, drängt seinem Gegner eine statthafte Befriedigung auf und befriedigt sich hiermit gleichzeitig selbst."[1]) Von dieser doppelten Natur der Aufrechnung muß ausgegangen werden, um ihre innere rechtliche Struktur festlegen zu können.

Im Streit der Meinungen ist diese einfache Tatsache vielfach übersehen worden, was zu Erklärungsversuchen führte, die nur die eine Seite der Aufrechnung beleuchten. Zu diesen Schriftstellern gehören jene, welche die Aufrechnung unter den „Begriff der Leistung an Erfüllungsstatt bringen wollen". Ob hierbei als Gegenstand der Leistung die Forderung selbst, ein Erlaß der Gegenforderung, oder ein Anerkenntnis ihres Erlöschens als Leistungsgegenstand hingegeben wird, macht keinen Unterschied.[2]) Die Unrichtigkeit dieser Lehre springt in die Augen. Will der Schuldner eine andere als die geschuldete Leistung mit tilgender Wirkung geben, so ist, wie § 364 bestimmt, die ausdrückliche Annahme des Gläubigers zu dieser Leistung, also ein Vertrag erforderlich. Die Aufrechnung ist dagegen ein einseitiges, von dem Willen des Gegners unabhängiges Rechtsgeschäft, bei dem überhaupt nichts Reales geleistet wird. Gerade die Bezeichnung einer „aufgedrängten Leistung" zeigt zur Evidenz, daß die Subsumierung der Aufrechnung unter die „vertragsmäßige" Leistung an Erfüllungsstatt unmöglich ist.[3])

Siber versucht nun zwar eine Erklärung zu geben, warum im Aufrechnungsfalle ausnahmsweise Vertragsform nicht erforderlich ist.[4]) Er meint, der Schuldner würde, vorausgesetzt, daß der Gegner zur Annahme des Forderungserlasses statt Erfüllung verpflichtet sei, zunächst Erlaß anbieten und bei Verweigerung der Annahme auf diese klagen müssen. Die Folge würde eine Verurteilung zur Annahmeerklärung sein, welche gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO. mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gelten würde. Dieser Weg sei aber ein unnötiger Umweg, da auf einfachere Weise dasselbe erreicht werden könne. Wir vermögen indes den Ausführungen dieses Schriftstellers nicht beizupflichten. Siber geht von der selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß der Gegner zur Annahme des Erlasses verpflichtet sei. In Wirklichkeit bedeutet diese Annahme aber eine petitio principii, denn diese Tatsache ist es gerade, die der juristischen Rechtfertigung bedarf. Er übersieht auch, daß die Pflicht zur Abgabe einer Erklärung, und mag sie noch so zweifellos sein, der Abgabe selbst niemals gleichgestellt werden kann. Diese Bedenken vermag die Sibersche Konstruktion keineswegs zu zerstreuen.

I. Einheitliche Theorie.

§ 26.

Kohlers Anweisungstheorie.

Kohler hat versucht, die Doppelseitigkeit der Aufrechnung, welche auch dem Bürgerlichen Gesetzbuche durchaus nicht unbekannt ist,[5]) einem einheitlichen Begriffe zu unterwerfen. Er erblickt in ihr eine Anweisung des Gläubigers an den Schuldner, das Geschuldete an sich selbst zu zahlen. A, der dem B 100 schuldet und von ihm 100 zu fordern hat, weist letzteren an, die 100 an sich selbst zu zahlen.[6])

---

[1]) Mot. a. a. O. S. 108.

[2]) Siber S. 136/37; Pappenheim, Juristenzeitung 1902 S. 89; Geib bei Busch Bd. 26 S. 117; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 107.

[3]) vgl. auch Leonhard, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 209.

[4]) Siber S. 136.

[5]) vgl. unten S. 128 f. u. 130 f.

[6]) Kohler bei Busch Bd. 24 S. 2 ff.; Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 171; ähnlich auch Stölzel a. a. O. S. 3.

Weil wir den Zahlungsgedanken von vornherein aus dem Wesensgebäude der Aufrechnung verbannen, können wir schon aus diesem Grunde die in Rede stehende Theorie zurückweisen. Wir sind aber auch aus anderen Gründen zur Ablehnung derselben gezwungen.

Liebknecht hat sich gegen die Theorie gewandt mit der Begründung, die Selbstzahlung enthalte einen in sich widerspruchsvollen Begriff, da der Schuldner überhaupt nicht an sich selbst zahlen könne.[1]) Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist aber dieses Bedenken nicht zutreffend. Dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist der Selbstzahlungsbegriff wohlbekannt. Es bestimmt im § 181, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, also auch eine Zahlung an sich selbst leisten kann. So ist z. B. der Vormund, der eine Forderung an sein Mündel hat, berechtigt, aus dem Mündelgelde den Betrag seiner Forderung zu entnehmen und an sich selbst zu zahlen.

Andere Schriftsteller[2]) haben sich gegen die Anweisungstheorie ausgesprochen, weil eine Anweisung gemäß § 783 schriftlicher Form bedürfe, die Aufrechnung aber formlos erklärt werden könne. Selbst wenn man nun diesen Einwand nicht gelten lassen, vielmehr sagen wollte, daß die Aufrechnung nicht der Form, sondern dem Wesen nach eine Anweisung enthalten solle, so sprechen gewichtige andere Bedenken gegen die fragliche Theorie, die auch ihr Begründer selbst nicht völlig verkennt. Zwischen Anweisung nnd Zahlung besteht eine Kluft. Die erstere führt nur dann zur Tilgung, wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt und wirklich Zahlung leistet. Auch durch die Annahme der Anweisung werden zunächst die Forderungsrechte nicht beseitigt.[3])

Kohler entkräftet den Einwand, indem er sagt, die Zahlung an sich selbst bedürfe nicht des Zahlungsgeschäftes, sie geschehe vielmehr ohne weiteres, sobald derjenige, der zahlen, und der, der empfangen solle, identisch sei. Insofern dürfte die Replik Kohlers als richtig gelten. Dafür spricht ja auch die beregte Vorschrift des § 181. Bei der im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Selbstzahluug ist nicht die Vornahme eines besonderen Zahlungsaktes erforderlich, ein solcher müßte sich ja auch als überflüssiger und unsinniger Formalismus darstellen. Wie sollte es denn der Vormund anfangen, das erforderliche formelle Zahlungsgeschäft mit sich vorzunehmen? Man könnte sich ja freilich, ähnlich wie Krug für die römische Kompensation angenommen, das Bild so denken, daß der Vormund für sein und das Geld seines Mündels zwei getrennte Kassen führte und bei einer Selbstzahlung aus der Kasse des Mündels den ihm zustehenden Betrag entnähme und in seine Kasse überführte. Wenn man nun andererseits bedenkt, daß der Vormund das Geld seines Mündels nicht im Hause hat (vgl. § 1806), so müßte diese Erklärung vollkommen versagen. Außerdem hat diese Trennung der beiden Vermögensmassen in zwei gesonderte Kassen keine juristische Bedeutung. Die Selbstzahlung vollzieht sich in diesem Falle in anderer Weise. Es genügt, daß in äußerlich erkennbarer Weise der Wille, mit sich in eigenem Namen zu kontrahieren, hervortritt. Bei der Selbstzahlung des Vormundes ist es also genügend, daß er in den das Vermögen seines Mündels enthaltenen Büchern in irgend einer Weise ersichtlich macht, daß aus dem Vermögen des Mündels in das seinige eine bestimmte Geldsumme übergegangen ist. Das Gesetz muß auf die Erkennbarkeit des Willens, an sich selbst zu zahlen, Wert legen, weil nur da Rechtswirkungen eintreten können, wo solche in ersichtlicher Weise gewollt sind.[4]) Der Wille, daß eine Selbstzahlung vorgenommen werde, geht bei der Aufrechnung von dem Anweisenden aus. Wenn wir nun Kohler vorläufig darin folgen, daß der Angewiesene nach Lage der Sache zur Annahme der Anweisung nicht verpflichtet sei, so ergibt sich daraus, daß der Wille des Angewiesenen unerheblich ist und darum keiner Äußerung bedarf.

---

[1]) Liebknecht a. a. O. S. 106.
[2]) Leonhard a. a. O. S. 207; Lippmann, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 516 f.
[3]) Lippmann a. a. O. S. 515.
[4]) Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB. § 181 N. 7.

Ist der Angewiesene aber tatsächlich zur Annahme der Anweisung verpflichtet? Kohler meint, der Aufrechnungsgegner dürfe die Annahme nicht ablehnen, weil eine Zahlung an sich selbst das Zahlungsgeschäft nur erleichtere und keine Erschwerung bedeute. Demgegenüber sagt aber § 787 Abs. 2: „Zur Annahme der Anweisung ist der Angewiesene nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist." Der Angewiesene bei der Aufrechnung ist der Aufrechnungsgegner. Begründet nun die Tatsache, daß der Aufrechnungsgegner Schuldner des Anweisenden ist, für ihn noch keine Verpflichtung zur Annahme der Anweisung, so kann bei der Aufrechnung hiervon noch viel weniger die Rede sein, weil sie nur unter Aufopferung einer eigenen Forderung erfolgen kann. Kohler muß selbst zugeben, daß das „Verhältnis der Identität von Gläubiger und Zahlungsleistendem eine Erschwerung involviert". Dieses ist die Klippe, an welcher jene Lehre scheitern muß. Wenn ihr Begründer trotzdem meint, daß hierdurch seine Ansicht nicht zu Fall gebracht werden könne, so dürfte er wenige überzeugte Anhänger finden.

Die in Rede stehende Theorie kann auch in zahlreichen Fällen überhaupt keine Anwendung finden. Sie muß da versagen, wo das Gesetz die Aufrechnung gegen gewisse Forderungen für unzulässig erklärt. Auch in zahlreichen anderen Verhältnissen können die Parteien ein weit größeres Interesse daran haben, reale Erfüllung zu erhalten, als von einer Verpflichtung befreit zu werden. Dieses wird stets da der Fall sein, wo die Parteien vertragsmäßig das Recht der Aufrechnung beschränken oder ganz ausschließen oder sich ausdrücklich reale Erfüllung zusichern lassen.

Die Unhaltbarkeit der Anweisungstheorie ergibt sich weiterhin aus folgendem. Die Konsequenzen, die aus der Lehre gezogen werden müssen, stehen in unmittelbarem Widerspruche mit dem Gesetze. Für die Anweisung ist kein unbedingtes Erfordernis, daß der Angewiesene Schuldner ist. Auch eine Anweisung ohne Schuld ist, wenn sie der Angewiesene annimmt, vollwirksam. Die Aufrechnung würde also auch dann möglich sein, wenn ein zu tilgender Hauptanspruch gar nicht vorläge, denn auch eine Anweisung ist rechtlich wirksam, wenn sie auf eine Nichtschuld geht. Wir haben aber gesehen, daß für die Aufrechnung das Bürgerliche Gesetzbuch das Vorhandensein einer Gegenforderung ausdrücklich verlangt. Liegt eine Passivforderung nicht vor, so kommt keine Aufrechnung zustande, mag der Aufrechnende von dem Nichtbestehen der Gegenforderung Kenntnis haben oder nicht. Eine Anweisung ist hingegen aber auch dann wirksam, wenn sie bewußt auf eine Nichtschuld geht. Auch im Falle des Irrtums ist die Sachlage zwischen Anweisung und Aufrechnung verschieden. Ist irrtümlich Anweisung auf Schuld angenommen, so liegt gleichwohl Anweisung auf Kredit vor, während die Aufrechnung in diesem Falle unmöglich ist und eine Aufrechnungserklärung keinerlei rechtliche Wirkung hervorbringt.[1])

Wir müssen beide Seiten der Aufrechnung betrachten, um ein richtiges Bild von ihrem inneren juristischen Wesen zu gewinnen.

II. Zusammengesetzte Theorieen.

§ 26.

A. Die Aufrechnung als Befriedigung des Gläubigers.

Die Aufrechnung ist eine Befriedigung des Gläubigers, insoweit der aufrechnende Teil Schuldner ist. Sowohl die Motive[2]) wie auch das Gesetz heben ausdrücklich hervor, daß durch Aufrechnung eine Befriedigung des Gläubigers erfolge. Der § 286 gestattet jedem Dritten, den die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand be-

---

[1]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 519.
[2]) s. oben S. 126 und Anm. 1.

treibenden Gläubiger zu „befriedigen", falls er durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande verlieren würde, und diese Befriedigung auch durch Hinterlegung und „Aufrechnung" zu bewirken. Nach § 1142 kann der nicht persönlich haftende Grundstückseigentümer unter den in der genannten Gesetzesbestimmung aufgeführten Voraussetzungen den Hypothekengläubiger „befriedigen" und die „Befriedigung" auch durch „Aufrechnung" herbeiführen. Dasselbe Recht steht gemäß § 1224 dem Verpfänder einer beweglichen Sache zu. Für unsere Meinung spricht auch der § 422 BGB. Indem hier das Gesetz der Erfüllung eines Gesamtschuldners Wirkung für alle Gesamtgläubiger beilegt, sagt es von den Erfüllungssurrogaten: „Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung." Auch die äußere Stellung der Aufrechnung im Rechtssysteme unter den „Erlöschungsgründen der Schuldverhältnisse" läßt diese eine Seite ihrer Wesensnatur unzweideutig erkennen.

Die Aufrechnung führt freilich zu keiner Befriedigung des Gegners, wenn der Schuldner einer abgetretenen Forderung mit einer ihm gegen den Zedenten zustehenden Forderung aufrechnet (§ 406); denn hier kann der Zedent nicht mehr befriedigt werden, weil ihm die Passivforderung nicht mehr zusteht; der Zessionar kann keine Befriedigung erlangen, weil die aufgerechnete Forderung nicht gegen ihn, sondern gegen den Zedenten gerichtet ist. Bei der Festlegung der juristischen Konstruktion der Aufrechnung kann dieser Fall aber völlig außer Betracht bleiben; denn er ist, wie mehrfach hervorgehoben, singulärer Natur und kann wegen seines Ausnahmecharakters darum hier nicht ins Gewicht fallen, wo der Regelfall des Instituts nach seiner rechtlichen Konstruktion untersucht werden soll.

Den satisfaktorischen Charakter der Aufrechnung leugnet Matthiaß. Er meint, die Aufrechnung führe zu keiner Befriedigung des Gläubigers, da sie keine Erfüllung eines Anspruchs sei.[1]) Der letzte Satz ist richtig, die Voraussetzung ist jedoch unzutreffend. Wie Siber eine Befriedigung des Gläubigers nur da annehmen wollte, wo der Leistende persönlicher Schuldner ist, so will anscheinend Matthiaß nur da eine Befriedigung eintreten lassen, wo eine tatsächliche Erfüllung stattgefunden hat. Diese Auffassung steht aber in unmittelbarem Widerspruche mit dem Gesetze, das im Gegenteil an verschiedenen Stellen, wie gezeigt, eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung anerkennt. Bei der Aufrechnung geschieht die wirkliche Befriedigung des Gläubigers durch den Ersatz von Werten, die er in seinem Vermögen behält und die er sonst zur Tilgung seiner Schuld hätte auswerfen müssen. Der Gläubiger wird, so sagt Schollmeyer mit Recht, insoweit befriedigt, als die Höhe seiner Schuld reicht, von der er befreit wird.[2])

Diesen Gedanken spricht auch der Redaktor des Rechtes der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche aus mit den Worten[3]):

> „Die Anerkennung der Aufrechnung beruht auf der Erwägung, daß, wenn zwei Personen einander wesentlich gleichartige Leistungen schulden, der ökonomische Endzweck der beiden Forderungsrechte und das Interesse der sich zugleich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehenden Personen mit demselben Effekt wie durch beiderseitige reale Erfüllung, aber in einfacherer und rascherer Weise dadurch erreicht und herbeigeführt wird, daß jeder Teil dasjenige, was er leisten und was ihm hinwiederum von dem anderen Teile geleistet werden müßte, in seinem Vermögen behält."

Wir müssen daher nur Kohler beipflichten, wenn er sagt, daß die Befriedigung des Gläubigers durch „einseitige Befreiung von einem Passivposten" geschehe.[4]) Daß der

---

[1]) vgl. Matthiaß a. a. O. S. 432.

[2]) Schollmeyer § 389 Anm. 1.

[3]) v. Kübel, Begründung des Rechts der Schuldverhältnisse Abschn. 1. Tit. 5 II Erlöschung der Schuldverhältnisse, Aufrechnung § 1 S. 1.

[4]) Kohler a. a. O. S. 14.

Schuldner ohne seinen Willen von seiner Schuld befreit wird, enthält durchaus nichts Auffälliges. Im Bürgerlichen Gesetzbuche findet dieser Satz auch eine angemessene Stütze. Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, oder was dasselbe heißt, wird eine vertretbare Leistung geschuldet, so kann auch jeder Dritte die Leistung bewirken (§ 267 BGB.). Der Schuldner der Leistung wird frei, wenn der Dritte an seiner Statt leistet, auch wenn er hiervon keine Kenntnis hat oder erhält.

Wir gewinnen somit den Satz:

Die Aufrechnung als Handlung eines Schuldners ist Befriedigung des Gläubigers durch einseitige Befreiung von einer Schuld. Hiermit ist die Wesensnatur der Aufrechnung aber nicht erschöpft. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist der Aufrechnung nicht vollkommen gerecht geworden, indem es diese, lediglich als Befriedigungsmittel des Gläubigers erwähnend, einfach unter die Tilgungsgründe von Schuldverhältnissen einreiht.

Es bedarf noch die Frage der Beantwortung, warum der Gläubiger gezwungen ist, als Erfüllung die einseitige Schuldbefreiung anzunehmen. Ist die Zwangsnatur der Aufrechnung gelöst, so ist damit das innere Wesen der Aufrechnung klargestellt.

Diese Frage erhält ihre Beantwortung durch die Erklärung der aktiven Seite der Aufrechnung, die im folgenden versucht werden soll.

B. Die Aufrechnung als Selbstbefriedigung des Aufrechnenden.

§ 27.

Die Selbstbefriedigung im allgemeinen.

Nicht nur der Aufrechnungsgegner, sondern auch der Aufrechnende erhält durch die Aufrechnung Befriedigung seiner Forderung, denn auch der aufrechnende Teil ist Gläubiger. Auch er erhält insoweit Befriedigung, als er Werte in seinem Vermögen behalten kann, die der Höhe seiner Schuld entsprechen. Aufrechnen vom Standpunkte des Gläubigers bedeutet, seine eigene Forderung durchsetzen, sich selbst befriedigen. Diese Seite ihres Wesens findet freilich bei der Stellung der Aufrechnung im Rechtssystem keinen angemessenen Ausdruck. Nur an vereinzelten Stellen geht diese ihre Wesensnatur unmittelbar aus dem Gesetze hervor. Die Natur der Aufrechnung als Selbstbefriedigung des Aufrechnenden ist ausgesprochen im § 770 Abs. 2, der von der Möglichkeit spricht, daß „der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann". Auch § 209 Ziff. 3, der von „der Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse" nach Analogie der Zwangsvollstreckung handelt, scheint hierfür zu sprechen.[1]) Vor allem aber tritt diese Seite der Aufrechnung im Konkurse hervor. Gemäß § 53 KO. ist jeder, der zur Aufrechnung berechtigt ist, nicht gehalten, seine Forderung im Konkurse geltend zu machen. Er kann sich vielmehr außerhalb des Verfahrens durch Aufrechnung Befriedigung verschaffen. Diese Seite der Aufrechnung als Selbstbefriedigung des Aufrechnenden enthält durchaus nichts Auffälliges. Sie bedeutet in Wahrheit nur die „Kehrseite" ihres eigentlichen Charakters.[2])

Die Aufrechnung als Handlung des aufrechnenden Gläubigers enthält eine Verfügung über die Forderung des Gegners, welche ihren Untergang und seine Befreiung von der Schuld herbeiführt. Diese Schulbbefreiung bedeutet auch für ihn den Erwerb, der zu seiner eigenen Befriedigung führt. Die Aufrechnung charakterisiert sich also als eine besondere Art der Verfügung über eine Forderung, wie eine Gegenüberstellung der §§ 1376 Ziff. 2 und 1377 Abs. 2 beweist, welche der Einziehung ähnlich ist, ohne indes rechtlich oder wirtschaftlich diesem Begriffe unterworfen zu sein. Die Einziehung bedeutet tatsächliche Überführung aus dem einen in ein anderes Vermögen. Der Aufrechnende erlangt aber überhaupt nichts Reales, sondern nur einen entsprechenden Wert.

---

[1]) Feder a. a. O. S. 483.
[2]) Feder a. a. O. S. 483.

Wirtschaftlich ist dagegen die Aufrechnung der Einziehung nicht nur gleichwertig, sondern ihr sogar überlegen; denn sie gewährt eine sichere Befriedigung, ja die sicherste, die überhaupt möglich ist, wohingegen die Einziehung nur bei der Zahlungsfähigkeit des Schuldners diese Wirkung hat. Der aufrechnungsberechtigte Gläubiger läuft nie Gefahr, seine Befriedigung an der Insolvenz seines Schuldners scheitern zu sehen. Er braucht nicht einmal den beschwerlichen Klageweg zu beschreiten und nötigenfalls die Zwangsmittel der Zivilprozeßordnung in Anspruch nehmen. Er kann ohne Aufwendung von Kosten und ohne Zuhilfenahme irgend welcher Zwangsmittel in das Vermögen seines Schuldners einfach hineingreifen. Diese Bevorzugung der Aufrechnung zeigt sich insbesondere, wie beregt, im Konkurse, wo der Gläubiger nicht auf die Konkursdividende angewiesen ist, vielmehr eigenmächtig durch eine Forderung seines Gegners sich befriedigen kann. Hier charakterisiert sich das Selbstbefriedigungsrecht als eine Art Absonderungsrecht des Gläubigers, woraufhin auch die äußere Stellung der Aufrechnung in der Konkursordnung unmittelbar hinter den Absonderungsberechtigten hindeutet. Wir können darum Kohler nur darin beistimmen, wenn er meint, daß „die Aufrechnung virtuell sich als ein Vorrecht des Gläubigers vor den übrigen Gläubigern" charakterisiert.[1])

Die Aufrechnung enthält aber keine unmittelbare Befriedigung des Aufrechnenden, wenn nicht der Gläubiger, sondern ein Dritter Aufrechnung erklärt. Gemeint sind hier die Fälle des sogen. Ablösungsrechtes. Hier rechnet ein Dritter mit der Wirkung auf, daß nur die Passivforderung erlischt, wohingegen die Gegenforderung des anderen auf den aufrechnenden Teil übergeht. Das zwischen Aufrechnungsgegner und dem wirklichen Schuldner-Gläubiger bestehende Schuldverhältnis geht nicht unter, sondern führt zur Begründung eines neuen Schuldverhältnisses zwischen dem Aufrechnenden und dem Schuldner des Aufrechnungsgegners. Der Aufrechnende erhält also nicht unmittelbar Befriedigung, er erlangt aber durch die Aufrechnung einen anderen Wert, der in dem Erwerbe der Forderung besteht. Es ist demnach unrichtig, wenn Siber meint, der Aufrechnung sei nur Leistung eines Wertes an den Aufrechnungsgegner, nicht aber auch Erwerb eines solchen durch den Aufrechnenden selbst wesentlich.[2])

Die Fälle der Aufrechnnng durch Dritte sind aber in ihren Voraussetzungen und Wirkungen von der regelmäßigen Aufrechnung so verschieden,[3]) daß es gerechtfertigt erscheint, sie bei einem Konstruktionsversuche der Aufrechnung überhaupt auszuschalten und nur den Regelfall der Aufrechnung diesem zu Grunde zu legen.

§ 28.

Die Form der Selbstbefriedigung.

In der Wissenschaft wird auch von einer Reihe Schriftstellern nicht verkannt, daß die Aufrechnung als Handlung eines Gläubigers für diesen eine Selbstbefriedigung bedeutet. Es ist jedoch nicht der Versuch unternommen, die Form dieser Selbstbefriedigung näher zu charakterisieren. So spricht z. B. Deichmann[4]) nur davon, daß der Gläubiger, der zu seiner Befriedigung eine eigene Schuld verwende, gewissermaßen eine „Selbstexekution" vornehme. Nach Siber[5]) „geht die Aufrechnung der Zwangsvollstreckung parallel". Leonhard[6]) nennt sie „eine Art privater Zwangsvollstreckung". Lippmann[7]) meint, „daß das Wesen

---

[1]) Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 4.
[2]) Siber S. 135; Feder S. 492 f.
[3]) Ihren anomalen Charakter hebt Matthiaß hervor a. a. O. S. 435.
[4]) Deichmann a. a. O. S. 277; vgl. auch Mot. II S. 113.
[5]) Siber a. a. O. S. 137.
[6]) Leonhard, Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 24.
[7]) Lippmann a. a. O. S. 522.

der Sache der Prozeß unter Zuhilfenahme von Zwangsmitteln abgebe". Goldschmidt[1]) spricht von einer „Art zwangsweiser Erledigung durch und um der gleichzeitigen Erledigung der Gegenforderung willen".

Es fehlt hier aber an einer hinreichenden dogmatischen Begründung, denn immerhin sind Aufrechnung und Zwangsvollstreckung keine identischen Begriffe. Die Tatsache, daß bei der Aufrechnung nicht wie bei der Zwangsvollstreckung die Zuziehung einer Behörde erforderlich ist, steht dem freilich nicht so sehr entgegen, als vielmehr der Umstand, daß die Zwangsvollstreckung das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels, also richterliche Feststellung des Anspruchs bedingt.

Eine dogmatische Begründung ist für das Bürgerliche Gesetzbuch zuerst von Götte[2]) versucht worden, der angesichts jenes Unterschiedes in der Selbstbefriedigung des Aufrechnenden einen Fall erlaubter Selbsthilfe des § 229 BGB. erblickt. Diese Auffassung ist in dreifacher Hinsicht unhaltbar. Ihr Begründer übersieht zunächst, daß die in § 229 bezeichneten Selbsthilfehandlungen nicht die Befriedigung bezwecken, sondern nur eine solche sichern und erzwingen sollen. Die Festnahme des Schuldners erfolgt nur, damit er seine Verbindlichkeit erfüllt. Sodann ist im § 229 die Selbsthilfe nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig und außerdem auf bestimmte Formen beschränkt. Sie ist nur statthaft, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr der Vereitlung oder Erschwerung der Anspruchsverwirklichung besteht. Andererseits kann sie nur durch Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen und durch Festhalten des fluchtverdächtigen Schuldners ausgeübt werden. Daß der Gläubiger aber auch berechtigt ist, ein Vermögensstück des Schuldners gegen dessen Willen zu seiner Befriedigung zu verwenden, also einseitig zwecks Herbeiführung seiner Befriedigung darüber zu verfügen, ohne daß die genannten Vorbedingungen erfüllt sind, darüber sagt der § 229 nichts.

Den Charakter der Aufrechnung als zwangsweisen Eingriff in das schuldnerische Vermögen hat zuerst Ohnsorge dargestellt.[3]) Er lehrt, daß das kompensable Gegenübertreten für den Gläubiger „eine auf Aufhebung zugleich mit seiner eigenen Forderung beschränkte Verfügungsbefugnis über die Forderung des anderen" gewährt. Hiermit ist der Kern der Sache getroffen.

Auf dieser Grundlage hat Leonhard[4]) die Aufrechung oder richtiger das Recht zur Aufrechnung als ein „Zwangsverwertungsrecht", „als die Befugnis, zwangsweise das Forderungsrecht des anderen zu verwerten", nachgewiesen. Das Wesen eines Zwangsrechtes beruht, wie Leonhard ausführt, in der Möglichkeit, ohne den Willen des Schuldners in dessen Vermögen einzugreifen. Ein solches Recht übt z. B. der Konkursverwalter aus, der die zur Masse gehörigen Gegenstände eigenmächtig in Besitz nehmen darf; ferner der Besitzer, der die eigenmächtig geraubte Sache dem Täter wieder entreißen kann; der Gerichtsvollzieher, der nach §§ 883 ff. ZPO. zur unmittelbaren Wegnahme der geschuldeten Sachen befugt ist.

Eine besondere Art des Zwangsrechtes ist das zwangsweise Verwertungsrecht. Dieses besteht in der Befugnis des Gläubigers, den Wert eines Vermögensstückes des Gegners entweder nach seinem Stamme oder nach seinen Nutzungen in sein Vermögen überzuführen, wie dieses insbesondere beim Pfandrecht, der Grundschuld und Hypothek hervortritt. Die Verwertung der Nutzung geschieht durch unmittelbare Überführung — bei der Zwangsverwaltung erntet z. B. der Gläubiger die Früchte —, während die Verwertung dem Stamme nach eine Verfügung über die Sache voraussetzt. Beim Pfandrecht geschieht seine Verwertung z. B. durch Veräußerung der Sache. Ist Gegenstand des Verwertungsrechts eine Forderung, so besteht

---

[1]) Ludwig Goldschmidt, Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. 1 S. 164.
[2]) Götte im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 124 f.
[3]) Ohnsorge in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 287.
[4]) Leonhard im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 27 S. 208 ff.

die Verfügung über dieselbe in ihrer Einziehung. Stets wird aber die einfachste Art gewählt, mittels deren der Wert des Verwertungsgegenstandes in das Vermögen des Zwangsberechtigten überführt werden kann.

Jedes Verwertungsrecht verfolgt den Zweck, den Gläubiger wegen eines Anspruchs zu befriedigen. Die Durchführung der Verwertung führt die Befriedigung des Gläubigers herbei.

Stellen wir dem die Aufrechnung gegenüber, so finden wir, daß alle diese Eigenschaften auch hier passen. Auch die Aufrechnung enthält die Befugnis zu einem zwangsweisen Eingriff in das Vermögen des Schuldners. Der Gläubiger kann sich eigenmächtig mit einem Vermögensstücke seines Schuldners befriedigen. Diese Natur der Aufrechnung haben bereits die Römer richtig erkannt. Denn wenn sie von der compensatio sagten, daß sie „necessaria" sei,[1]) so wollten sie damit nichts anderes betonen, als daß der Gläubiger einseitig, gegen den Willen des Schuldners aufrechnen könne, kurz, daß sie ein Zwangsrecht sei. Den Gegenstand des Eingriffs bildet die Gegenforderung des Schuldners. Ihre Verwertung wird auch hier durch eine Verfügung über diese erreicht. Die Art der Verfügung ergibt sich aus der Eigenartigkeit, daß der verwertungsberechtigte Gläubiger zugleich Schuldner der Forderung ist. Demnach kann eine Einziehung der Forderung unterbleiben. Es würde keinen Sinn haben, wenn der Gläubiger von sich selbst den Betrag der Forderung beitreiben oder sogar gegen sich selbst ausklagen wollte. Eine solche Klage würde, falls sie überhaupt zulässig wäre, doch nur darauf hinauslaufen, durch Bezahlung der Gegenforderung die Abrechnung auf seine Forderung zu ermöglichen.[2]) Diese ist aber ohne Klage bereits möglich, da der Gläubiger sich das Objekt der Gegenforderung nicht erst anzueignen braucht. Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß die Verwertung bei der Aufrechnung in der Weise erfolgen kann, daß der Gläubiger den Betrag der Forderung auf seinen Anspruch verrechnet. Durch diese Verrechnung wird ein Vermögensstück des Gegners unmittelbar in sein Vermögen überführt. Zu der Annahme, daß der Verwertungsakt in Gestalt einer Selbstzahlung des Gläubigers bestehe, wie sie in der Kohlerschen Anweisungstheorie enthalten ist, sind wir hiernach also durchaus nicht genötigt, wenngleich dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Begriff „Selbstzahlung" wohlbekannt ist (§ 181). Durch Verrechnung wird der einfachste Weg der Verwertung genommen, während jene Selbstzahlung die Rechtslage eher verdunkeln als klären würde. Keineswegs darf aber die Verwertung — und darauf legt Oertmann mit Recht besonderes Gewicht[3]) — durch einen rein internen, darum unkontrollierbaren Akt geschehen. Denn eine rechtliche Veränderung kann nur da Wirkungen äußern, wo sie erkennbar in die Rechtswelt eintritt. Darum ist regelmäßig eine Anzeige des verwertenden Gläubigers an den Schuldner erforderlich. Bei der Aufrechnung wird die Verwertung der Forderung, d. h. die Verrechnung auf die eigene Forderung dadurch kenntlich gemacht, daß der Verwertende, also der Aufrechnende, eine Mitteilung an den Schuldner zugehen läßt, welche in der Gestalt der Aufrechnungserklärung vorgenommen wird. Hieraus ergibt sich, daß der Parallelismus mit der Aufrechnung ein vollkommener ist.

In der gezeichneten Anwendung trifft das in der Aufrechnung liegende Zwangsrecht vollkommen mit dem Pfandrecht an der eigenen Schuld zusammen. Weigelin hat darum auch das Recht der Aufrechnung unter den Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld gestellt und diese Auffassung an den einzelnen Phasen der Aufrechnung nachzuweisen versucht. Leonhard hingegen hat es — freilich ohne Begründung — ausdrücklich abgelehnt, die Aufrechnung unter jenen Begriff zu subsumieren. Er stellt vielmehr die Aufrechnung als analoge Erscheinung neben den Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld.

---

[1]) l. 21 D. 16, 2; l. 4 C. 4, 31.

[2]) Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 52.

[3]) Oertmann, Das Pfandrecht an eigener Schuld, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 81 S. 100.

Da das Pfandrecht an der eigenen Schuld, das der heutigen Wissenschaft und Rechtsprechung ein gleich geläufiger Begriff ist, und dessen Brauchbarkeit über allen Zweifeln erhaben steht,[1]) eine Unterart des Pfandrechts an Forderungen ist, so dürfte es zweckmäßig sein, wie auch Weigelin tut, von diesem letzteren auszugehen.

Das Pfandrecht ist ein das ursprüngliche „Haupt"gläubigerrecht beschränkendes „Neben"gläubigerrecht, das zur Sicherung und eventuellen Befriedigung einer Forderung dienen soll.[2]) Es bewirkt eine Beschränkung des bisherigen „Haupt"gläubigerrechts. Indem es den Pfandgläubiger mit in die beherrschende Seite der Forderung aufnimmt, hindert es den ursprünglichen Hauptgläubiger an deren Geltendmachung, so daß die ursprüngliche in dem Forderungsrechte enthaltene Rechtsmacht zwischen bisherigem „Haupt"- und hinzutretendem „Neben"gläubiger geteilt wird. Hiernach läßt sich bei dem Pfandrechte an einer Forderung eine positive und eine negative Seite unterscheiden: Die eine ist gegen den Schuldner gerichtet, welcher dem Pfandgläubiger in gewissem Umfange unterworfen ist, die andere gegen den Hauptgläubiger der Forderung, der durch das Pfandrecht an der vollen Herrschaft über die Forderung gehindert und bei Ausübung des Pfandrechts sogar aus derselben verdrängt wird. Wenngleich nun auch der Inhalt des Pfandrechts ein verschiedener ist, je nachdem es sich um ein vertragsmäßiges (§§ 1280 ff.) oder ein Pfändungspfandrecht handelt (§§ 804, 835 ff. ZPO.), so kennzeichnet das Forderungspfandrecht doch am deutlichsten das beiden gemeinsame Recht: der Einziehung.

Bei dem Pfandrecht an der eigenen Schuld ist nun Schuldner und Pfandgläubiger der Forderung ein und dieselbe Person. Die gegen den Schuldner gerichtete Seite des Forderungspfandrechts, vor allem also das Recht der Erziehung fällt hier fort, da es zweck- und sinnlos sein würde, eine Forderung von sich selbst einzuziehen. Die Verfügungsbeschränkung des Hauptgläubigers über die Forderung dagegen, also die negative Seite, bleibt auch hier bestehen. Die Verwertung des Pfandrechts, falls dieses auf Einziehung gerichtet war, geschieht durch einfache Erklärung an den Hauptgläubiger, daß er die gepfändete Schuld auf seine Forderung verrechne. Diese Tatsache war es vor allem, welche Weigelin bewog, auch die Aufrechnung dem Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld zu unterstellen. Wir können uns der Auffassung Weigelins aber nicht anschließen, daß das Recht der Aufrechnung in dem Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld aufgeht.

W e i g e l i n übersieht freilich nicht, daß nicht jedes Pfandrecht an der eigenen Schuld auch zu einer Aufrechnung führt. Es ist dieses z. B. nicht der Fall, wenn der Pfandgläubiger, der zugleich Schuldner der gepfändeten Forderung ist, sich diese an Zahlungsstatt zum Nennwerte hat überweisen lassen. Hier wird der Pfandgläubiger alleiniger Gläubiger und die Forderung geht infolge Konfusion von Gläubiger und Schuldner ohne weiteres unter. Weigelin meint daher, daß der Begriff des Pfandrechtes an der eigenen Schuld der weitere Begriff sei. Die Aufrechnung dagegen i s t nach seiner Auffassung stets ein Pfandrecht an der eigenen Schuld, das die Sicherung des Gläubigers für seine Forderung bezweckt und dessen Ausübung stets zu seiner Befriedigung führt.

Würde die Auffassung Weigelins richtig sein, so würde infolge der Aufrechnungslage der Aufrechnungsberechtigte hinsichtlich derjenigen Forderung, deren Schuldner er ist, als Pfandgläubiger neben den Gegner, den bisherigen Alleingläubiger treten. Die Forderung würde in dieser Weise mit einem Pfandrechte „belastet", das der Aufrechnungsberechtigte dadurch ausüben könnte und müßte, daß er dem Gegner gegenüber erklärt, er mache von seinem Rechte, sich von seiner Schuld zu befreien, Gebrauch.

---

[1]) vgl. die grundlegende Abhandlung von O e r t m a n n , im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 61 ff.; vgl. Anm. 3 auf S. 133.

[2]) W e i g e l i n , Pfändungspfandrecht S. 39 ff., Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld S. 40.

Würde die Aufrechnung in dem Begriffe des Pfandrechtes an der eigenen Schuld aufgehen, so müßte mit der Aufrechnungslage, wie bei dem Pfandrechte an der eigenen Schuld dieses Pfandrecht auch nach der oben gekennzeichneten negativen Seite in der Weise Wirkungen äußern, daß der Gegner des Aufrechnungsberechtigten in der vollen Herrschaft über seine Forderung behindert werde. Beim Pfandrecht an der eigenen Schuld ist dem „Haupt"gläubiger der Forderung diese Beschränkung seines Rechtes ausdrücklich auferlegt. Gemäß § 829 Abs. 1 ZPO. darf er die Forderung weder einziehen noch in anderer Weise über sie verfügen. Bei der Aufrechnungslage treffen wir diese Erscheinung aber nicht. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß der Gegner des Aufrechnungsberechtigten trotz der Kompensationslage, also trotz der Belastung seiner Forderung mit dem durch die Aufrechnungslage begründeten Pfandrechte noch zur Abtretung der Forderung, also zu einer Verfügung über die dem Pfandrechte unterliegende Forderung berechtigt bleibt. Hiergegen könnte eingewendet werden, daß gerade die Aufrechnungsmöglichkeit trotz Abtretung der Forderung für die hier bekämpfte Auffassung der Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld spreche; denn das Recht zur Aufrechnung sei als Pfandrecht ein von der zu sichernden Forderung abhängiges[1]) und zertrennbares Recht in dem Sinne, daß die Forderung nicht abgetreten werden könne, wenn nicht auch gleichzeitig ihre Belastung, nämlich das Pfandrecht selbst mitübertragen werde. Weigelin scheint sich auch tatsächlich auf diesen Standpunkt zu stellen. Bei dieser Auffassung würde sich also der § 406 nur als ein Ausfluß der rechtlichen Natur der Aufrechnung charakterisieren. Dieses ist aber nicht der Standpunkt des Gesetzes, welches, wie wir bereits mehrfach betont haben, in der Bestimmung des § 406 eine Ausnahmevorschrift erblickt, die nur in Billigkeitsrücksichten ihre innere Rechtfertigung findet. Würde die gegnerische Meinung richtig sein, so würde immer unaufgeklärt bleiben, warum hier der Gesetzgeber die an sich selbstverständliche Folgeerscheinung nochmals ausdrücklich hervorzuheben sich genötigt sah. Dasselbe müssen wir von der Bestimmung des § 390 Abs. 2 behaupten, welche Weigelin gleichfalls zur Stütze seiner gegenteiligen Meinung ins Feld führt. Auch diese Vorschrift kann wegen ihres Ausnahmecharakters nicht da herangezogen werden, wo der Regelfall der Aufrechnung nach seiner juristischen Seite festgelegt werden soll.

Gegen die Auffassung Weigelins spricht vor allem noch folgender Umstand. Bei der Unterordnung der Aufrechnung unter den Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld würde der Grund des Erlöschens beider Forderungen durch Aufrechnung ein verschiedener sein. Er würde insbesondere für die eine oder andere Forderung ein verschiedener sein, je nachdem der eine oder andere Gläubiger die Aufrechnung erklärte. Ein Beispiel diene zur Erläuterung. Rechnet A mit seiner Forderung a auf, so erlischt seine Forderung a durch Befriedigung, während die dem Gegner B zustehende Forderung b durch Ausübung des Pfandrechtes untergeht. Umgekehrt, erklärt B die Aufrechnung mit seiner Forderung b, so geht diese durch Befriedigung, und die dem A zustehende a durch Ausübung des Pfandrechtes unter. Weigelin findet zwar an dieser Konsequenz nichts Auffälliges, meint er doch, daß auch die Wirkungen des Erlöschens sich verschieden gestalten können, je nachdem die Aufrechnung von dem einen oder anderen Teile vorgenommen werde.

Diese Konsequenz ist u. E. aber gerade die gefährlichste Klippe, an der jene Lehre scheitert. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht offensichtlich auf dem entgegengesetzten Standpunkte, daß beide Forderungen denselben Erlöschungsgründen unterliegen, daß beide durch Befriedigung untergehen. Hinsichtlich der Forderung des Aufrechnungsgegners geht dieses schon aus der äußeren Stellung der Aufrechnung im Rechtssysteme hervor. Wie wir aber gezeigt haben, charakterisiert sich die Aufrechnung als Handlung eines Gläubigers als Selbstbefriedigung des Aufrechnenden. Seine Forderung geht also, da die Selbstbefriedigung der Aufrechnung nur die Kehrseite ihres Charakters ist, ebenfalls durch Befriedigung zugrunde. Daß die

[1]) vgl. Hellwig, Lehrb. des Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 290 N. 2.

Aufrechnungswirkungen verschieden sein können, spricht nicht für jene Ansicht. Diese Erscheinung rechtfertigt die rückwirkende Kraft der Aufrechnung. Da das Gesetz den Eintritt der Aufrechnungswirkung an den Zeitpunkt der Entstehung des Aufrechnungsrechtes des Aufrechnenden knüpft und für den Gläubiger und Schuldner der aufgerechneten Forderung einen verschiedenen Zeitpunkt für ihre Aufrechnungsbefugnis festlegt, so muß folgerichtig auch der Zeitpunkt der Wirkungen verschieden sein, je nachdem der eine oder andere Aufrechnungsberechtigte die Aufrechnung erklärt. Außerdem kann von einer Verschiedenheit der Wirkungen nur insofern gesprochen werden, als die mit den Hauptwirkungen der Aufrechnung in Verbindung stehenden Nebenwirkungen verschieden sein können, weil die von den zur Aufrechnung gestellten Forderungen ausgehenden Rechtsfolgen verschieden sein können. Diese (Neben-)Wirkungen sind aber erst sekundäre Folgeerscheinungen der Aufrechnung. Die erste und Hauptwirkung der Aufrechnung ist stets dieselbe und besteht in dem Erlöschen der zur Aufrechnung gestellten Hauptforderungen.

Wenngleich hiernach die Aufrechnungsmöglichkeit mit dem Pfandrecht an der eigenen Schuld nicht identisch ist, so sind beide aber doch der Ausfluß eines gemeinsamen, über ihnen stehenden, höheren Prinzips. Es sind Abarten desselben gemeinschaftlichen Begriffs: des Zwangsverwertungsrechts über eine eigene Schuld.

Wir gelangen hiernach zu dem Ergebnisse:

Die Aufrechnung als Handlung eines Gläubigers ist Selbstbefriedigung durch zwangsweise vorgenommene Verwertung einer Forderung des Schuldners.

Bei dieser Konstruktion treffen auch alle hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen jedes Zwangsverwertungsrechts geltenden Vorschriften für die Aufrechnung zu.

Jedes Verwertungsrecht hat zur Voraussetzung einen Anspruch des Verwertenden, der stets vollgültig sein (§§ 1252 ff., 1242 Abs. 2, 1181) und den Verwertenden zustehen muß, widrigenfalls das Verwertungsrecht ungültig ist. Für die Ausübung desselben ist Vorbedingung, daß der Anspruch nicht durch Einreden entkräftet werden (§§ 1137, 1211) und der Gläubiger die Bewirkung der Leistung fordern kann (§§ 1147, 1228 Abs. 2).

Dieselben Erfordernisse gelten auch bei der Aufrechnung für die Aktivforderung. Auch der Aufrechnende muß eine rechtsgültige, erzwingbare, fällige Forderung besitzen, der keine peremptorische oder dilatorische Einrede entgegensteht (§§ 387, 390, 392).

Die Verwertbarkeit des Objektes verlangt, daß ein solches auch wirklich vorhanden ist. Weiterhin muß der Verwertungsschuldner befugt sein, über dasselbe zu verfügen. Auch darf das Objekt nicht aus wirtschaftlichen Gründen der Zwangsverwertung entzogen sein (vgl. § 811 ff. ZPO., 559 Satz 3 und 704 BGB.). Bildet eine Forderung den Gegenstand der Verwertung, so greifen dieselben Grundsätze Platz. Auch die Forderung muß gültig, der Verfügungsbefugnis unterworfen (§ 719 Abs. 2) und nicht von der Verwertung ausgeschlossen sein, wie dieses insbesondere im § 850 ZPO. zutrifft. Die Durchführung des Verwertungsrechtes bei Forderungen setzt als weiteres Erfordernis voraus, daß die Forderung nicht mit Einreden behaftet ist. Denn in diesem Falle repräsentiert die Forderung keinen wirtschaftlichen Wert, mit dem der Gläubiger befriedigt werden kann.

Für das Recht der Aufrechnung gelten alle diese Bestimmungen in gleicher Weise. Damit eine wirksame Aufrechnung zustande kommt, ist das Bestehen einer Passivforderung unerläßliches Erfordernis. Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ist unmöglich und wirkungslos. Gegen eine beschlagnahmte (§ 392) oder unpfändbare Forderung (§ 394) ist die Aufrechnung ausgeschlossen. So bestimmt z. B. § 859 Abs. 1 ZPO., daß der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Pfändung entzogen ist, und folgerichtig schreibt das BGB. im § 719 Abs. 2 vor, daß gegen eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung zur Aufrechnung stellen kann. Dasselbe gilt für den Anteil der Miterben an den zum Nachlaß gehörenden Forderungen (§ 859 Abs. 2 ZPO., § 2040 BGB.).

Da bei der Aufrechnung der Gläubiger zugleich Schuldner der Forderung ist, so kann hier von dem Erfordernis der Einredefreiheit der Passivforderung nicht die Rede sein. Denn nichts hindert den Gläubiger, seine Befriedigung aus einem Objekte zu suchen, von dem er weiß, daß es mit Schwächen behaftet ist. Es braucht auch die Passivforderung nicht fällig zu sein, denn bei der Aufrechnung handelt es sich lediglich um die Wahrung der Interessen des Gläubigers. Es genügt daher, daß der Schuldner, der Verwertende, die Leistung bewirken kann. In dem § 387 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß Zahlbarkeit der Passivforderung für die Aufrechnungsbefugnis ausreichend ist, und zwar muß jene auch betreffs einer facultas alternativa gelten.[1]) Ist der Schuldner berechtigt, die Forderung des Gläubigers durch eine andere als die geschuldete Leistung zu tilgen, und ist nur die andere der Forderung des Gegners gleichartig, so muß ihm auch von vornherein das Recht zustehen, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen.[2])

Nur die rechtmäßige Durchführung eines wirklich bestehenden Zwangsverwertungsrechtes führt zur Befriedigung des Verwertenden (§ 1247). War dieser nicht verwertungsberechtigter Gläubiger, oder war die Veräußerung nicht rechtmäßig (§ 1243), oder liegt auch keine nach § 1244 gültige Ausübung des Verwertungsrechtes vor, so gebührt ihm der Erlös nicht,[3]) und er ist nicht befriedigt. In diesem Falle tritt vielmehr der Erlös an Stelle der verwerteten Sache.[4]) Das Eigentum und die Rechte Dritter an der verwerteten Sache bleiben bestehen und können gegen den Käufer geltend gemacht werden. So führt auch die vollzogene Aufrechnung nur dann zur Befriedigung des Gläubigers, wenn hinsichtlich der Passiv- und Aktivforderung alle gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen gegeben waren. War insbesondere die Passivforderung nicht vorhanden, so ist der aufrechnende Gläubiger von keiner Schuld befreit. Er hat also auch keine Befriedigung für seine Forderung gefunden und er muß nunmehr auf anderem Wege ihre Durchsetzung betreiben.

Die Natur der Aufrechnung in dem gezeichneten Sinne tritt vor allem in den Einreden hervor, welche dem Bürgen gegenüber dem Hauptgläubiger zustehen. Die Aufrechnung führt schnell — durch bloße Erklärung — und sicher — durch Befreiung von einer Schuld — zum Ziele und ist darum einer bequemen und aussichtsvollen Zwangsvollstreckung zum mindesten gleichwertig. Diese gewährt dem Bürgen das Recht, den Gläubiger zunächst auf den Vollstreckungsweg zu verweisen (§ 771 i. V. m. § 773 Ziff. 2—4). Die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers berechtigt ihn zur Leistungsverweigerung, bis der Gläubiger sich durch Aufrechnung Befriedigung verschafft hat. Daß hier ausnahmsweise auch Fälligkeit der Passivforderung verlangt wird, darf nicht befremden. Es findet die Bestimmung ihren Grund darin, daß hier der Gläubiger unter einem Drucke, also nicht freiwillig handelt.[5]) Daß dem Gläubiger durch die Aufrechnungsmöglichkeit aber eine noch größere Garantie für seine Befriedigung gegeben ist als durch eine aussichtsvolle Zwangsvollstreckung in das schuldnerische Vermögen, beweist die Tatsache, daß auch der selbstschuldnerisch haftende Bürge zwar nicht mehr zur Geltendmachung der Vorausklageeinrede befugt ist, wohl aber den Gläubiger auf seine Aufrechnungsmöglichkeit verweisen darf.

Jedoch wird nach wie vor auf „der breiten geräuschvollen Heerstraße der Aufrechnung“ [6]) noch manches Stück Arbeit erforderlich sein, bis alle Zweifel und Streitfragen, die das eigentümliche Wesen der Aufrechnung mit sich bringt, in allgemein befriedigender Weise gelöst sind.

---

[1]) Leonhard, Arch. f. ziv. Prax. S. 212; Siber S. 139.
[2]) Siber a. a. O.
[3]) Planck § 1247 Anm. 1.
[4]) A. A. Lehmann Bd. 2 S. 358; Leonhard a. a. O. S. 213 f.
[5]) Feder a. a. O. S. 499.
[6]) Worte Hartmanns im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 55.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Zum Schlusse der Arbeit spreche ich dem hochverehrten

Herrn Professor Dr. **Matthiaß**

für die Anregung zu dem Thema, sowie für die gütige Durchsicht der Arbeit auch an dieser Stelle meinen tiefgefühltesten Dank aus.